

## RESUMO

A presente dissertação de Mestrado, elaborada dentro da Área de Concentração Direito Público e Evolução Social, na linha de pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, analisa os sistemas de controle de constitucionalidade da França e do Brasil, na atualidade. Com essa abordagem procura-se formular propostas de aprimoramento do controle de constitucionalidade no contexto nacional. Para análise do tema, optou-se por estudo de base principiológica-constitucional, tomando-se como fontes, a par da legislação constitucional e infraconstitucional, a doutrina produzida recentemente por pensadores do direito constitucional e a experiência vivida pelos dois países, nos últimos anos, acerca da interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, bem como decisões dos tribunais referentes à aplicabilidade de novos institutos de proteção aos direitos fundamentais. Os principais resultados indicam que os dois sistemas se completam, havendo a possibilidade de ser implantando em nosso modelo, um sistema que garanta a proteção imediata aos direitos fundamentais pela mais alta Corte de Justiça (STF), tão logo violados. Ao final sugerem-se mudanças no próprio Supremo Tribunal Federal para que esse possa a vir a exercer fidedignamente o seu papel de guardião da Constituição.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Direitos Fundamentais. Brasil. França. Proteção Eficaz. Supremo Tribunal Federal.

## **ABSTRACT**

This dissertation, elaborated within the concentration Area Public Law and Social Evolution, in the Line of Research Access to Justice and Effectiveness of the Process of the Post-graduation Program of Rights of Universidade Estácio de Sá, examines the actual constitutionality of control systems of France and Brazil. With this approach we derive of the study some proposals for improving the control of constitutionality in the national context. For analysis of the theme, the basic study take as sources, the infra-constitutional legislation, the doctrine produced recently by thinkers of constitutional law and the experience lived by the two countries in recent years, about constitutional interpretation by the judiciary, as well as decisions of the courts regarding the applicability of new fundamental rights protection institutes. The main results indicate that the two systems are complementary, with the possibility of deploying in our model, a system which ensures immediate protection to fundamental rights by the highest court of Justice (SUPREME COURT), so soon violated. In the end, we present conclusions and suggestions to contribute to the elimination of shortcomings persisted in the theoretical and practical treatment of the theme, giving emphasis to proposals that promote the role of the SUPREME COURT as a guardian of the Constitution.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 - ASPECTOS RELEVANTES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO FRANCÊS.....</b>	<b>13</b>
1.1 – Elementos Fundamentais da Experiencia Francesa.....	13
1.2 O Conselho Constitucional Francês.....	18
1.3 - A Mudança de Paradigma e o Controle de Constitucionalidade.....	23
1.3.1 – Síntese da Reforma Francesa.....	29
1.3.2 – O Objeto das Questões Prioritárias de Constitucionalidade.....	31
<b>2 - A CONSTITUCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL.....</b>	<b>36</b>
2.1 – O Controle Judicial de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.....	41
2.1.1 – O Controle Concentrado.....	42
2.2.- A Proteção dos Direitos Fundamentais e o Supremo Tribunal Federal.....	51
2.3.- O Controle Prévio no STF e o Modelo Francês Tradicional.....	55
2.4 – Propostas para o STF .....	59
2.4.1 – A Especialização no STF.....	59
2.4.2. A Escolha dos Ministros do STF.....	63
2.4.3 – A Súmula Vinculante e a Democracia no Processo Decisório.....	69
<b>3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA E FRANÇA: SUBSÍDIOS AO BRASIL.....</b>	<b>79</b>
3.1 – Propostas ao Supremo Tribunal Federal .....	81
3.2. A Corte de Cassação Francesa, as Prioridades do Conselho Constitucional e o Controle de Constitucionalidade.....	82
3.3 – Decisões Enviadas ao Conselho Constitucional.....	88
3.4 – Decisões do Conselho Constitucional.....	89
3.5 – Decisões de Declaração conforme pela Corte Constitucional.....	94

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>107</b>
<b>ANEXO - A Constituição Francesa e as Normas Regulamentares referentes à Questão Prioritária Constitucional.....</b>	<b>110</b>

## INTRODUÇÃO

A presente Dissertação de Mestrado toma como objeto de investigação o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, tomando como contraponto o sistema francês. Ao definir o cerne da pesquisa, tem-se em mente que, embora o modelo francês seja distinto do que vige no direito pátrio, propicia elementos de análise, sob o ângulo da efetividade da proteção constitucional e, por consequência, permite derivar propostas para aprimoramento do sistema em vigor no país.

Nessa linha de argumentação, o intento é extrair lições do direito alienígena, sob o pressuposto de que mudanças podem (e devem) ocorrer, sempre que o sistema vigente comece a dar sinais de lacunas no que se relaciona com o atendimento ao dinamismo das demandas sociais.

Sob esse enfoque, presume-se que é fecundo o recente exemplo da França, que, rompendo com suas tradições de controle de constitucionalidade, avançou significativamente, no ano de 2008, ao criar o controle posterior de constitucionalidade das normas, até então impensado naquela sociedade.

Vale ressaltar que o novo sistema francês permite a qualquer jurisdicionado (observadas as formalidades legais), provocar imediatamente a Corte Constitucional visando ao exame da constitucionalidade da norma que supostamente esteja afetando seu direito ou liberdade individual, garantidos pela Constituição.

Na França, até a modificação introduzida em 2008 e efetivada (regulamentada) em 2009, nenhum jurisdicionado detinha o poder, ainda que em grau de recurso, de alegar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pois existia apenas o controle prévio de constitucionalidade, a ser exercido pela Corte Constitucional, mediante provocação de alguns legitimados.

Nesse sentido, vigorava clara limitação de se obter o controle de constitucionalidade das leis. Os magistrados não exerciam o poder de verificar a constitucionalidade de uma norma, salvo na hipótese de o Conselho Constitucional já ter-se manifestado a respeito.

Com a criação da Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), o cidadão, quando em juízo, pode alegar ofensa a direito seu fundamental, devido à

aplicação de uma norma e remeter o caso à apreciação do magistrado. Este, embora não esteja apto a se pronunciar sobre o mérito da QPC, analisará seu cabimento, o que já demonstra uma espécie de controle a ser exercida pelo próprio magistrado, especialmente pelo fato de que não há recurso da decisão do juiz que não entender como sendo hipótese de uma QPC – Questão Prioritária de Constitucionalidade.

É pertinente ressaltar que se pretendeu aplicar instituto semelhante no sistema brasileiro. Todavia, a proposta foi vetada, à época, pelo Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, quando do exercício do controle prévio político de constitucionalidade da chamada lei da ADPF – Arguição de Preceito Fundamental, que conferia ao cidadão a possibilidade de criar um incidente processual de constitucionalidade e provocar (imediatamente) o Supremo Tribunal Federal para pronunciamento.

Com o veto presidencial, a previsão de controle de constitucionalidade incidental e imediato pelo jurisdicionado, ou sua simples provocação, nem chegou a aparecer no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, deixando assim uma lacuna, enfrentada na presente pesquisa.

Cumprido recordar que o modelo adotado pelo Brasil acerca do controle de constitucionalidade das normas é denominado de controle misto, eis que se permite controle de constitucionalidade por diversos órgãos da estrutura do Poder Judiciário (difuso) e também o controle direto (concentrado), pelo Supremo Tribunal Federal, de forma concentrada.

Considerando a estrutura atual do Supremo Tribunal Federal, identificam-se características de Corte Constitucional e de Suprema Corte, sendo forçado a se “desdobrar” no papel de guardião da Constituição.

No desenvolvimento da pesquisa, será examinada a necessidade de mudança na forma de ingresso e da necessidade de especialização do Supremo Tribunal Federal. De um ângulo, faz-se premente o cuidado de evitar o controle do Poder Judiciário pelo Poder Executivo, quando da nomeação de novos ministros, sem que se verifique participação da própria classe ou até mesmo da sociedade. Sob outra vertente, busca-se analisar a viabilidade e oportunidade de criação de se criarem

Turmas especializadas, para cada tipo de controle a ser exercido, deixando ao Plenário as questões mais gerais.

Em paralelo, o estudo analisa a possibilidade de implantação do chamado controle de constitucionalidade judicial prévio, pelo Supremo Tribunal Federal, visando a maior segurança das relações jurídicas, impedindo o surgimento de normas flagrantemente inconstitucionais, o que abriria espaço à reflexão sobre a extinção da chamada ação direta de constitucionalidade.

Em síntese, trata-se de estudo que se debruça sobre fontes que viabilizem a formulação de proposta de modificação no sistema de controle de constitucionalidade, não somente criando institutos de proteção da Constituição, mas permitindo a reestruturação da Corte que cumpre este papel.

Ao final, examinam-se algumas decisões da Corte Constitucional Francesa e da Corte de Cassação sobre as QPC já propostas, a fim de demonstrar como se desenvolve, na prática, a aplicação do novo instituto e apresentam-se conclusões e algumas sugestões com o intuito de contribuir para a supressão de lacunas persistentes no tratamento teórico e prático do tema, conferindo-se ênfase a propostas que favoreçam a atuação do STF como guardião da Constituição, para que o jurisdicionado não precise esperar longos anos para que o seu direito violado seja apreciado pela Corte Constitucional.

## 1. ASPECTOS RELEVANTES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO FRANCÊS

### 1.1 – Elementos Fundamentais da Experiência Francesa

Nesta parte do estudo, trata-se de alguns fundamentos da trajetória do direito francês, no sentido da implementação do sistema de controle de constitucionalidade dos atos legislativos. Sabe-se que o povo francês foi (ou, pelo menos em maior escala a partir da Revolução Francesa) muito resistente à ideia de se atribuir poder “absoluto” ao Poder Judiciário, especialmente no que concerne à permissão de dar a “palavra final” acerca da constitucionalidade das normas oriundas do Poder Legislativo, exercido por representantes do povo.

Na memória dos franceses, é firme a convicção de que, se o poder emana do povo e é exercido através de seus representantes eleitos, não se poderia admitir que outro Poder, sequer escolhido de forma direta, e portanto, sem “legitimação” popular, tivesse a possibilidade de retirar do mundo jurídico uma norma criada pelo verdadeiro e único legitimado. Ademais, nessa ordem de raciocínio, a vontade popular não poderia ser substituída pela “vontade” de uma pessoa, ou de apenas alguns (quando se tratasse de um colegiado).

*“Deve-se recordar que este país sempre foi extremamente avesso ao estabelecimento de um controle judiciário sobre a constitucionalidade das leis. Apegados a uma interpretação rígida da separação dos Poderes e ao dogma rousseauiano da “lei, expressão da vontade geral”, considerava grande parte de seus juristas ser inconcebível que um juiz, um tribunal, deixasse de cumprir o ato normativo regularmente editado pelo Poder competente. É verdade que várias Constituições Francesas (1799, 1852 e 1942) admitiram um controle “político” de constitucionalidade, mas isto não passou para a prática diuturna.”*

---

<sup>1</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos humanos fundamentais*. Ed. Saraiva, 13ª Edição, pág. 97.

Além disso, pelos insucessos vividos pela população francesa, muito também por força da obediência restrita ao Poder Monárquico, o Poder Judiciário passou a ser visto com dúvidas quanto ao atuar dos magistrados, pois não havia certeza de que seriam verdadeiros guardiões da lei propriamente dita, mas, da “Justiça”.

Nesse contexto, é compreensível a resistência da sociedade francesa à criação de um Tribunal Constitucional estritamente “jurídico” e confiado somente a pessoas oriundas do Poder Judiciário, bem como à atribuição de competência a uma Corte de Justiça para análise de constitucionalidade das leis (criação de um órgão capaz de exercer o controle de constitucionalidade dentro da estrutura do Poder Judiciário).

Porém, após a chegada ao poder do general *De Gaulle*, em 13 de maio de 1958, que se começou a pensar em total modificação do sistema judiciário francês, efetivada após o referendo da chamada Constituição da V República. Essa mudança conferiu mais poder ao Judiciário e o colocou mais uma vez na história francesa no coração do Estado, dando-lhe a verdadeira menção de Poder, delimitando seus poderes na própria Constituição e criando centros de formação de juizes, como a Escola Nacional da Magistratura. Vale sublinhar que, na Constituição de 1791, o termo Poder já era designação atribuída ao Judiciário, muito embora fosse entendido apenas como recurso retórico, destituído de conteúdo em termos de aplicação.

A reforma da Justiça empreendida no cerne da Constituição de 1958 orientou-se no sentido de construir uma justiça moderna e coerente com o delineamento do novo Estado, que se formava com a nova Carta Republicana.

Ao mesmo tempo em que o Estado Republicano, capitaneado pelo General *De Gaulle*, aspirava pela criação de um verdadeiro Poder Judiciário, existia também o receio de se criar um “Montesquieu puro”, conferindo ao juiz um poder, que poderia abrir espaço a abusos, se mal utilizado no controle da constitucionalidade das leis.

Rompendo então com uma tradição persistente desde 1789 com relação às formas de controle, optou-se por atribuir o controle das leis a uma Corte

Constitucional que, embora prevista no capítulo do Poder Judiciário, não seria uma Corte Suprema, fazendo verdadeiramente parte de uma estrutura judiciária.<sup>2</sup>

Não obstante a resistência a que o controle de constitucionalidade fosse exercido por um órgão do Poder Judiciário, criou-se no sistema francês um órgão que, sem ser constituído por membros do Poder Judiciário, nem mesmo servindo da estrutura deste, possui a legitimidade de analisar a constitucionalidade das leis, em um claro reconhecimento de que, embora as normas sejam oriundas do Poder Legislativo, e emanadas dos representantes do povo, referidos atos também podem estar eivados de inconstitucionalidade, ou invalidade perante a Constituição Francesa e aos demais documentos que possuem a mesma força normativa desta (Bloco de Constitucionalidade).

*“No diversos casos, se escolhemos o modelo Kelsiano em detrimento do modelo estadunidense é porque, acima das controvérsias doutrinárias do período que precedeu a guerra, não temos mais confiança nos juízes ordinários. Além disso, não temos mais medo de ferir a soberania do legislador, pois o legislador falhou em sua missão; mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também.”<sup>3</sup>*

Admitindo a necessidade de contar com um órgão na sua estrutura democrática que viesse a efetuar um controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, criou-se o Conselho Constitucional – *Conseil Constitutionnel*, em 04 de outubro de 1958, quando da promulgação da chamada Constituição da V República Francesa.

*O Conselho Constitucional foi criado pela Constituição da V República, datada de 04 de outubro de 1958. Instituição criada recentemente não possui qualquer referência anterior. O Conselho Constitucional não faz parte da hierarquia dos Tribunais, seja Administrativo, seja Judicial (considerando o fato da Jurisdição francesa ser dividida em duas).<sup>4</sup>*

---

<sup>2</sup> ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice em France*. 4 EDITION REVUE E MISE A JOUR, Ed. PUF DROIT, p 1079-1080.

<sup>3</sup> FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Ed. Landy. Tradução Dunia Marinho Silva, p. 23.

<sup>4</sup> Tradução livre do autor desta dissertação. COLOCAR AQUI O TEXTO ORIGINAL.

Este Conselho foi concebido segundo expressão textual de seu criador, Michel Debré.<sup>5</sup> como “uma arma contra os desvios do Parlamento acabando com o “tudo posso” deste referido Poder.”<sup>6</sup>

Pela sua concepção inicial, o Conselho Constitucional serviria para verificar o poder regulamentar das atividades dos Poderes do Estado, mais precisamente do Poder Legislativo que, pelo Regime Parlamentar Francês, possuía um “tudo pode”, capaz de interferir nos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

A Revisão Constitucional de 1974 transformou o Conselho Constitucional, que deixou de ser mero órgão regulador das atividades dos Poderes Públicos, para transformar-se em órgão efetivamente garantidor dos direitos e liberdades dos *citoyens*.

A Corte foi revestida da missão de verdadeira guardadora do Estado de Direito e dos valores democráticos e hoje atua como um dos principais atores do sistema político francês.

Ocorre que, não obstante sua atuação em defesa da preservação dos valores constitucionais, a França carecia de um instituto apto a permitir um controle de constitucionalidade posterior; ou seja, após a promulgação da lei ou do ato normativo.

Foi assim, que após muita discussão, o Poder Constituinte Francês introduziu no cenário jurídico do país a figura denominada *La Question Prioritaire de Constitutionnalité* - Questão Prioritária Constitucional, apta a preencher importante lacuna no direito constitucional da França, justamente o controle posterior de constitucionalidade das normas. Tal controle, por questões de relevância, é permitido somente quando se perpetra ofensa a direitos fundamentais protegidos pela Constituição Francesa ou em outros textos de igual relevância. Na França, existe a figura do chamado Bloco de Constitucionalidade, que propicia força constitucional a normas não previstas no próprio texto da Constituição.

A inovação francesa não parou por aí... Juntamente com a Questão Prioritária Constitucional – QPC, admitiu-se a possibilidade de qualquer jurisdicionado provocar o Conselho Constitucional, para verificar a compatibilidade da norma

---

<sup>5</sup> ZARKA, Jean-Claude. *Institutions politiques françaises*. Editora Ellipses, p. 27 e segs;.

<sup>6</sup> Tradução livre do autor..

questionada com os princípios fundamentais constitucionais, devendo apenas ser observados seus requisitos de admissibilidade e os ritos estabelecidos na legislação regulamentar.

Como ressaltado, no Brasil, tentou-se criar instituto semelhante, quando da regulamentação da ADPF – Arguição de Preceito Fundamental. Todavia a iniciativa não ultrapassou a barreira do controle político prévio de constitucionalidade, sendo afastada em decorrência de veto presidencial. A proposta visava à proteção de direitos fundamentais e previa a provocação imediata por qualquer jurisdicionado ao Supremo Tribunal Federal que no Brasil é o chamado “guardião da Constituição”.

Dentre outras razões do veto presidencial, chama atenção o considerando acerca da quantidade de processos que o STF poderia receber, o que, supostamente, tornaria impossível sua atuação, sem que houvesse prejuízo das demais suas funções, por conta do acúmulo de processos a julgar.

Convém ressaltar que a referida justificativa, embora realista, não deveria constar de argumentação contrária ao instituto que se pretendia criar, especialmente pela confissão presidencial de que se vive em um país onde as leis constantemente são ofensivas aos direitos e garantias fundamentais.

Pareceu ainda que o referido acúmulo de processos estivesse estritamente relacionado com causas que nem deveriam ser julgadas pelo STF, deixando de fora as de verdadeiro cunho garantidor dos direitos previstos na Constituição.

Vetar um dispositivo de lei que visa ao aprimoramento do sistema de controle de constitucionalidade sob o singelo argumento de acúmulo de processo no STF é afastar a possibilidade de se preservar a Constituição quanto aos direitos fundamentais por questão meramente procedimental e burocrática, o que, com o devido respeito, não sustenta o veto.

Outro “forte” argumento do veto presidencial foi de que os cidadãos já estariam exercendo seu direito de manifestação imediata contra os atos atentatórios a seus direitos fundamentais, quando aberta a possibilidade de provocação dos “legitimados”, através de representação, para que possam então provocar o STF.

Salvo melhor juízo, esse argumento, não pode ser considerado apto a afastar a criação de um instituto eficaz de preservação do direito fundamental, uma vez que o cidadão tem o direito de ver a lesão do “seu próprio direito” ser analisado pela Corte que possui atribuição constitucional para tanto, sem que tenha que recorrer a outra instituição, ou outro Poder para exercê-lo (direito) em seu nome.

Ademais, no caso brasileiro, o único verdadeiro legitimado politicamente para receber essa representação e provocar o controle imediato seria o Procurador Geral da República. O passado e o presente mostram que, não raro, o “pensar” do Ministério Público não se coaduna com o do cidadão, nem com o do STF, que, por diversas vezes já se manifestou contrário à constitucionalidade de uma norma, cuja constitucionalidade havia recebido parecer favorável do Ministério Público.

E mais, ao contrário do que poderia se alegar, em comparação com o direito francês, onde se exige o preenchimento de requisitos para que a QPC – Questão Prioritária Constitucional seja apreciada, no caso brasileiro, ainda que existente a Representação ao Procurador Geral da República, este não estaria vinculado à “decisão” do cidadão, e somente viria a exercer a provocação ao STF, caso se convencesse da afronta ao direito fundamental questionado, não caracterizando assim, mero exercício de admissibilidade.

Por essas razões o presente trabalho avança na argumentação da necessidade da possibilidade de provocação imediata do STF, por qualquer cidadão, quando em sua causa seja, ou esteja sendo questionada violação a direito fundamental, garantido pela Constituição da República.

E, para isso, também se traz a experiência (recente) francesa, cujo país, até pouco tempo atrás, carecia de controle de constitucionalidade posterior.

## **1.2 – O Conselho Constitucional Francês**

A criação de um controle de constitucionalidade após a promulgação da lei (sentido amplo) é medida recente na história constitucional francesa. Isso se deu em decorrência da adoção do sistema Kelsiano de controle de constitucionalidade, conhecido como *modelo europeu*, em que o papel de controle das normas é exercido

por uma Corte Constitucional específica e fora do sistema do Poder Judiciário comum, ao contrário do sistema estadunidense, onde o controle é exercido pelos diversos tribunais e magistrados, com legitimidade de confrontar a norma com a Constituição supostamente violada, cabendo a “palavra final” a um órgão estabelecido no “topo da pirâmide”.

Nessa linha de pensamento, para os países que adotaram o sistema proposto por Kelsen, cabe tão somente à Corte Constitucional definir a legitimidade e conformidade dos atos com a Constituição, exercendo um controle direto e concentrado de constitucionalidade. Como características do modelo europeu, segundo Favoreau, destacam-se:

*“c) Um monopólio do contencioso constitucional. A justiça constitucional é concentrada nas mãos de uma jurisdição especialmente formada para tanto e que goza de monopólio nesse domínio: o que significa que os juízes ordinários não podem conhecer do contencioso reservado à Corte Constitucional.*

*f) Uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional. Esta é a diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira está necessariamente – daí seu nome – colocada no cume de um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo aparelho jurisdicional.”<sup>7</sup>*

Muito tempo negado por causa da soberania absoluta da lei, "expressão da vontade geral", de acordo com os termos do artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a existência de uma instituição apta a examinar a compatibilidade da lei com a Constituição é inovação da Quinta República Francesa.

Por seu turno, a Constituição de 04 de outubro de 1958 dedicou um Título (VII) e sete artigos a este novo modelo. Essa criação é também marcada pela sua originalidade: em muitos aspectos, eis que o Conselho Constitucional é diferente de outros tribunais constitucionais, principalmente por exercer o controle de constitucionalidade das leis, sem que esteja situado institucionalmente dentro da estrutura do Poder Judiciário.

Pode-se inferir que a adoção do novo sistema de controle de constitucionalidade na França aproximou o país ao chamado sistema de controle

---

<sup>7</sup> FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Ed. Landy. Tradução Dunia Marinho Silva, p.. 23.

difuso, eis que, embora o juiz, ou qualquer outro Tribunal não possam reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, poderão exercer um papel importante no controle de constitucionalidade das leis e normas, pois serão os destinatários da QPC - Questão Prioritária Constitucional e os responsáveis pela primeira análise de potencial ofensa ao texto constitucional.

Pode-se inclusive inferir que, desde a adoção do novo sistema de controle de constitucionalidade, a França passou a ter um controle judicial posterior, ainda que superficial e indireto.

Concebido inicialmente como árbitro, cuja função principal era a de controlar o cumprimento das normas pelo legislador, o Conselho tornou-se juiz verificador da conformidade com a legislação de todas as normas e princípios de valor constitucional.

*Há muito tempo refutado em decorrência da soberania absoluta da lei, expressão da vontade geral”, segundo o que consta do artigo 6 da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, a existência de uma instituição encarregada de examinar a conformidade da lei com a Constituição é uma inovação da V República.”<sup>8</sup>*

No entanto, o controle de constitucionalidade exercido por este Órgão, foi formulado, inicialmente, apenas na modalidade preventiva; ou seja, apenas antes da promulgação e entrada em vigor da lei.

Cumprir acrescentar que a competência do *Conseil Constitutionnel* não se resume á apreciação da constitucionalidade de norma infraconstitucional, mas também se dedica à fiscalização do processo eleitoral.

No tocante á competência e composição do Conselho do controle de constitucionalidade, merecem realce as seguintes regras:

a) o Controle Constitucional é abstrato, opcional (de provocação facultativa) para as leis ordinárias, ou compromissos internacionais que vinculam as leis internas e os regulamentos das assembleias parlamentares. O referido controle é exercido por meio de ação, após a votação pelo Parlamento, mas antes da promulgação da lei,

---

<sup>8</sup> Tradução livre do autor. COLOCAR O TEXTO ORIGINAL AQUI.

aprovação ou ratificação de um compromisso internacional e entrada em vigor da regulamentação das reuniões das assembleias.

b) O encaminhamento (provocação), como exposto, é facultativo por iniciativa de uma autoridade política (Presidente da República, Primeiro-Ministro, Presidente da Assembleia Nacional ou Senado), ou por 60 deputados, ou por 60 senadores.

c) O Conselho Constitucional é composto por nove membros, sendo um terço renovado a cada três anos. Os membros são nomeados pelo Presidente da República e pelos Presidentes de cada Parlamento (Senado e Assembleia Nacional).

d) Os ex-Presidentes da República, por lei, fazem parte do Conselho Constitucional, de forma vitalícia, e desde que não possuam outro cargo incompatível com o mandato de membro do Conselho, caso em que eles não podem servir como membro julgador, embora permaneçam com direito ao assento.

e) O Presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo Presidente da República dentre os seus membros. O mandato dos Conselheiros é de nove anos e não é renovável.

f) O Conselheiro faz um juramento perante o Presidente da República de obediência às normas constitucionais (lembrando que, na França, embora possua uma Constituição escrita, reunindo as normas constitucionais em um único texto, entende-se que outras normas, não previstas na Constituição, tenham também força constitucional, como a Declaração dos Direitos do Homem).

g) Nenhuma qualificação, ou idade é requisito necessário para se tornar um membro do Conselho Constitucional.

h) Os membros do Conselho Constitucional podem optar por encerrar as suas funções, a qualquer tempo. Eles também podem renunciar ao cargo, em caso de alguma incapacidade física permanente, estabelecido pelo Conselho Constitucional.

i) O Conselho Constitucional é instituição permanente. Ele apenas se reúne em sessão plenária. As discussões estão sujeitas à existência de quorum mínimo, nos termos do qual a presença real de sete juízes, é necessária.

j) Em caso de empate nas votações, o presidente tem voto de qualidade ("minerva"). Não existe a possibilidade de discordância, sendo a declaração única.

- k) A discussão na seção e em plenário, bem como os votos, não são públicos, nem publicados.
- l) l) A declaração da decisão do Conselho é confiada a um membro do Conselho designado pelo Presidente e o procedimento, como mencionado anteriormente, é escrito e contraditório.
- m) O Conselho Constitucional goza de autonomia financeira, cujo presidente define o seu orçamento, incluindo o gasto com pessoal e está incluída na Lei das Finanças.

Interessa, ainda, notar que os acórdãos do Conselho Constitucional têm os efeitos que serão listados a seguir e que suas as decisões são tomadas em três partes:

- a) vistos da legislação pertinente e elementos processuais;
- b) razões apresentadas, considerandos, análise dos fundamentos, expondo os princípios aplicáveis;
- c) um dispositivo final dividido em seções que descrevem a solução adotada;
- d) As decisões vinculam as autoridades públicas e autoridades administrativas e judiciais. Elas não estão sujeitas a qualquer tipo de recurso. Por seu turno, a autoridade da coisa julgada vincula não apenas o dispositivo da decisão, mas também as razões e fundamentações que lhe serviram de base.
- e) As decisões são comunicadas às partes e publicadas no Diário Oficial da República Francesa. Um compêndio anual de decisões é publicado sob o patrocínio do Conselho, três meses após o ano de referência. (todas as decisões a partir do original estão disponíveis no site do Conselho Constitucional)<sup>9</sup>

Como visto, o direito francês atribuiu a um Órgão, não essencialmente jurídico, o poder de analisar a conformidade dos atos e normas emanados do Poder Legislativo, e mais, apenas também de forma preventiva. Trata-se do chamado controle prévio de constitucionalidade.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Acessado em 15 de maio de 2012.

### 1.3 - A Mudança de Paradigma e o Controle de Constitucionalidade

Com o passar do tempo, como explicitado, percebeu-se a necessidade de dispor de algum tipo de controle, que pudesse vir a ser exercido não somente até a promulgação da lei ou do ato normativo, mas também e principalmente, após a publicação e entrada em vigor destes, uma vez que, pelo sistema, admitia-se apenas o controle prévio, e, caso uma lei ou ato normativo, não viesse a ter sua constitucionalidade contestada perante o Conselho Constitucional, tal ato ou norma, poderiam vigorar sem qualquer possibilidade de questionamento constitucional *a posteriori*.

Esse modelo foi bastante criticado, especialmente pelo fato de que a lei deve acompanhar o dinamismo social, devendo ser retirada do mundo jurídico, caso sua finalidade esteja incompatível com o sistema em vigor.

Cumprir mencionar que, pelo fato de haver necessidade de provocação do Conselho Constitucional, muitas vezes, até por motivação política, não se levava o caso ao referido órgão, o que permitia a promulgação de lei em desconformidade com a Constituição (aqui entendida como o conjunto de normas entendidas pelos franceses como Constituição).

Nessa ordem de raciocínio, criou-se a chamada: *La Question Prioritaire Constitutionnel*, permitindo que o Conselho Constitucional analise a constitucionalidade de uma norma, após a sua promulgação, criando no direito francês, a figura do controle de constitucionalidade posterior.

A reforma constitucional de 23 de Julho de 2008 inseriu na Constituição Francesa de 1958, um novo artigo 61-1 e alterou o artigo 62, dando origem a possibilidade de questionamento da constitucionalidade das leis.

O artigo 61-1 prevê que, durante um processo pendente em um tribunal, onde se defende que uma disposição legislativa viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser provocado para analisar a matéria, após o envio pelo Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação,

que irá decidir, dentro de prazo determinado, acerca do preenchimento das condições de admissibilidade da QPC (*question prioritaire constitutionnel*).

O teor do Art. 61-1, da Constituição Francesa de 1958 estabelece que:

*“Logo que, durante um processo em curso, for sustentado que um ato legislativo atenta contra os direitos e liberdades individuais garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser provocado sobre esta questão após o envio pelo Conselho de Estado, ou pela Corte de Cassação que se pronunciarão dentro de um prazo determinado.”<sup>10</sup>*

Cumprir notar que o segundo parágrafo do artigo 62 define que

*“a disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61-1 deve ser revogada após a publicação da decisão do Conselho Constitucional, ou uma data posterior fixado por essa decisão. O Conselho Constitucional determina as condições e limitações sob as quais os efeitos que os produtos em oferta são susceptíveis de ser desafiado.”*

Em síntese, a reforma em comento possui três vertentes:

- a) Propiciar garantia ao direito ao jurisdicionado, permitindo-lhe fazer valer os seus direitos consagrados na Constituição;
- b) Atualizar as disposições legais inconstitucionais;
- c) Assegurar a supremacia da Constituição na ordem interna.

É de salientar, que, conforme previsto no texto constitucional, não é toda matéria constitucional que pode servir de base para a QPC, mas somente aquelas afetas aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

Merece ainda realce a lei orgânica, prevista no segundo parágrafo do artigo 61-1, é a Lei n.º 2.009-1.523, de 10 de dezembro de 2009. Na Decisão n.º 2009-595 DC, 2 de dezembro de 2009, o Conselho Constitucional considerou constitucionais todas as disposições da citada lei orgânica, que criou a QPC (Questão Prioritária Constitucional).

Nos termos do artigo 61-1 da Constituição e da Lei Orgânica de 10 de Dezembro de 2009, qualquer pessoa pode, durante um processo, levantar a questão

---

<sup>10</sup> Tradução livre do autor. Por aqui o original.

acerca da violação de uma disposição da Constituição. A questão pode ser suscitada perante qualquer órgão e em qualquer fase do processo. O questionamento deve ser enviado imediatamente ao Conselho de Estado e/ou ao Tribunal de Cassação (dependendo da matéria, se administrativa, ou jurisdicional propriamente dita), que irá garantir o preenchimento dos requisitos válidos á apreciação da matéria.

Na França, devido à separação da Jurisdição em Administrativa e Não Administrativa (contenciosa propriamente dita, ou judicial) matérias e conflitos atrelados á Administração Pública são julgados por uma Corte Especializada Administrativa, enquanto as demais são julgadas pela Jurisdição Comum.

Com essa estrutura, a Jurisdição Francesa (jurisdição judiciária e jurisdição administrativa) encontra-se dividida da seguinte forma:

Em primeira instância:

- a) Jurisdição Administrativa – Tribunal Administrativo;
- b) Jurisdição Judiciária – Jurisdições Penais e Jurisdições Cíveis;
- c) Jurisdições Penais são divididas em *Cour d’assises* (para crimes), Tribunal *correctionnel* (para delitos) e Tribunal de *Police* (para contravenções).
- d) Jurisdição Civil dividida em: Jurisdições especiais (tribunal de *commerce*, *conseil de prud’hommes* (nosso Tribunal do Trabalho), *juges de loyers commerciaux*, *commission de contentieux de La Sécurité sociale*, tribunal *paritaire de baux ruraux*); Tribunal de Grande *instance* (cíveis) e Tribunal *d’instance* (cíveis consideradas de pequenas causas).

Em segunda instância:

Jurisdição Administrativa – *Cour administrative d’appel*

Jurisdição Judiciária – *Cour d’appel*

Instância Superior (Tribunais Supremos):

Jurisdição Administrativa – *Conseil d’État*

Jurisdição Judiciária – *Cour de Cassation*

Os tribunais superiores, após a análise da matéria, transmitem o assunto ao Conselho Constitucional, o único que pode exercer o controle de constitucionalidade da legislação, e que pode, eventualmente, retirá-la do mundo jurídico.

A Lei Orgânica de 10 de Dezembro de 2009, relativa à aplicação do artigo 61-1 da Constituição descreveu a questão da constitucionalidade como "prioritária"; daí a denominação de Questão Prioritária de Constitucionalidade.

Isso significa que, quando colocados perante um tribunal de primeira instância ou um tribunal de apelação, a questão deve ser ouvida sem demora, e, para tanto, são estabelecidos prazos para análise do juízo de admissibilidade da questão prioritária e a manifestação de mérito relacionado a ser ou não de ser levado adiante. Cabe distinguir esse procedimento da análise do mérito da questão propriamente dita, qual seja, a constitucionalidade da matéria, embora também tenha prazo a análise do mérito pela Corte Constitucional.

Por outro lado, quando o tribunal é instado a avaliar a constitucionalidade da lei (questão de constitucionalidade) e a falta de conformidade da lei com os tratados e acordos internacionais (*exception d'inconventionnalité*), deve considerar prioritariamente a questão da constitucionalidade.

A QPC deve ser levantada pelo advogado da parte, mas pode também ser provocada pelo particular, nos casos em que a lei dispensa o causídico, lembrando que, em ambos os casos, o tema prioritário da constitucionalidade deve ser sempre se dar em petição em separado, por escrito e fundamentada (mesmo diante dos tribunais onde o processo é oral).

A questão prioritária da constitucionalidade pode ser apresentada em qualquer procedimento ou processo, perante um tribunal de ordem administrativa (no âmbito do Conselho de Estado) e Judiciária (no âmbito da Corte de Cassação). A questão pode ainda ser exposta em grau de recurso.

Qualquer juiz ou Tribunal do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação pode receber uma questão prioritária de constitucionalidade. Somente o Tribunal denominado: *Cour d'Assises*, não permite o recebimento da QPC (em decorrência de ser o Tribunal competente para julgamento graves e que possuem a garantia do Júri). No entanto, em matéria penal, a questão pode ser apresentada, quer perante o juiz, antes ou depois, ou durante uma apelação ou recurso.

Em um primeiro momento, o Tribunal que recebeu a provocação (ou, o magistrado) é quem deverá fazer a análise da QPC. Reconhecida a admissibilidade

da questão, e que a mesma contém todos os critérios estabelecidos pela Lei Orgânica, o Tribunal remeterá a QPC ao Conselho de Estado (*Conseil d'État*) ou do Tribunal de Cassação (*Cour de Cassation*).

O Conselho de Estado ou a Corte de Cassação (dependendo da matéria) realizam um debate mais aprofundado da QPC, quanto à constitucionalidade, e decidem se devem ou não enviar a QPC ao Conselho Constitucional.

Como explicitado anteriormente, os critérios para que o Conselho Constitucional receba a QPC são detalhados na lei orgânica de 10 de Dezembro de 2009, relativa ao artigo 61-1 da Constituição. Nesse sentido, há três critérios:

- a)- A disposição legal é aplicável ao litígio ou processo em que foi provocada a QPC, ou é a base para a acusação;
- b)- A legislação criticada pela QPC não ter sido anteriormente declarada constitucional, pelo Conselho Constitucional;
- c)- A questão é nova ou tem caráter extremamente relevante.

A recusa do Tribunal (ou, juiz) ou do Tribunal de recurso em transmitir o tema prioritário da constitucionalidade só poderá ser contestada no âmbito de um recurso (apelação ou cassação) da decisão de mérito, ao Tribunal superior.

A recusa do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação quanto a enviar a QPC para o Conselho Constitucional, não é passível de recurso.

O Conselho Constitucional, após receber a QPC, deve julgar a questão de constitucionalidade no prazo de três meses.

Para garantir o devido contraditório, neste curto período, as notificações e os intercâmbios de informação poderão ser realizados eletronicamente. Nesse sentido, as partes devem informar um endereço de e-mail, para agilizar a comunicação com o Conselho Constitucional. Com o mesmo intuito, as partes podem incluir este endereço na QPC, perante o Tribunal de julgamento ou nos memoriais apresentados antes dos julgamentos do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação.

Antes da sessão deliberativa do Conselho Constitucional, os advogados poderão requerer audiência pública para debate da matéria, ocasião em que as partes terão oportunidade de apresentar suas razões.

Se o Conselho Constitucional considerar que a legislação impugnada está em conformidade com a Constituição, a mesma preserva o seu lugar no sistema jurídico. O Tribunal deve então aplicá-la, salvo se o juiz considerar que é incompatível com uma disposição de um tratado internacional ou lei da União Europeia.

Já, se o Conselho Constitucional declarar que a legislação impugnada é inconstitucional, a decisão do Conselho Constitucional a revoga automaticamente. No entanto, os efeitos desta decisão pode limitar, conforme previsto no direito brasileiro. Trata-se da chamada regulação dos efeitos da decisão.

Cumpre salientar que, quando é proposta uma QPC<sup>11</sup> haverá a suspensão da jurisdição, somente quando a QPC for transmitida ao Conselho de Estado, a Corte de Cassação, ou ao Conselho Constitucional, e até o pronunciamento destes. Nesses casos, o processo continuará somente para a adoção de medidas urgentes. Quando se tratar de medida de privação de liberdade, não haverá suspensão de prazo, nem mesmo nas hipóteses mencionadas, estando o juiz, ou Tribunal livre de prazo para análise e prosseguimento do processo.

Quando a questão (QPC) é recebida por um juiz, ou pelo tribunal, ressalvadas as hipóteses anteriores, esses poderão determinar um prazo em que o processo poderá ficar suspenso, desde que não exista previsão legal ou regulamentar em sentido contrário.

---

<sup>11</sup> Art. 23-3, da Ordinance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel: "Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

*Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.*

*La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.*

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

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

Para tornar o instituto da QPC aplicável, foi necessária uma enorme modificação no sistema jurídico francês, especialmente nos códigos de processo, e nos regimentos internos dos tribunais, o que resultou na demora da regulamentação do instituto, efetivamente em vigor, a contar do dia 01.03.2010.

Com isso, verifica-se que o direito francês, a contar, precisamente do dia 01.03.2010, conta com um instituto processual de provocação da Corte Constitucional, responsável pela guarda da Constituição Francesa, pelo jurisdicionado, quando verificada ofensa direta a direitos e garantias fundamentais. Tal instituto jurídico criou o controle posterior de constitucionalidade, no Direito Francês, até então inexistente.

A criação da QPC, sem dúvida, constitui grande inovação do direito francês, ainda muito contido com relação à permissão de se analisar uma norma emanada do povo, mas ainda aberto á necessidade de garantir os direitos e liberdades, especialmente em um país onde a *Liberté, Fraternité, e Egalité*, são valores consagrados pela República.

### 1.3.1 - Síntese da Reforma Francesa

A revisão constitucional de 23 de julho de 2008<sup>12</sup> introduziu na Constituição de 04 de outubro de 1958 o artigo 61-1 que assim dispõe:

*“ quando, durante um processo que estiver em curso diante de uma jurisdição, e for alegado que um dispositivo legislativo atenta contra os direitos e liberdades garantidos na Constituição, o Conselho Constitucional pode ser provocado sobre esta questão após envio do Conselho do Estado ou da Corte de Cassação, que deverá se pronunciar dentro de um prazo determinado”*– Lei constitucional nº 2008-724, de 23 de julho de 2008 acerca da modernização das Instituições da V República.

<sup>12</sup>

**Paris, le 24 février 2010**

**Circulaire *Date d'application* : 1er mars 2010 Le Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des libertes) - Circulaire n° CIV/04/10 du Ministre de la justice et des libertés du 24 février 2010 relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité – [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/QPC/cir\\_30585.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/cir_30585.pdf) ) - Traduzido por Rivka Tordjman**

A lei orgânica nº 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, relativa à aplicação do artigo 61-1 da Constituição Francesa determina as condições de aplicação da mencionada reforma (regulamenta). Com isso, ela completa o Ordenamento 58-1067, de 07 de novembro de 1958, considerada a lei orgânica do Conselho Constitucional, que, em consagrou a chamada: Questão Prioritária de Constitucionalidade em capítulo específico.

Todos estes dispositivos são complementados pelo Decreto 2010-148, de 16 de fevereiro de 2010, que prevê o procedimento aplicável em face das jurisdições administrativas, cíveis e penais, além de outro decreto publicado na mesma data do anteriormente referido, organizando a continuidade da “ajuda jurisdicional”<sup>13</sup> no caso do exame da questão prioritária de constitucionalidade pelo Conselho do Estado, a Corte de Cassação e o Conselho Constitucional.

Para permitir o controle do Conselho Constitucional dos dispositivos legislativos promulgados, por via de exceção, a reforma introduziu um dispositivo em três etapas, quais sejam:

A primeira tem lugar diante da jurisdição subordinada do Conselho do Estado ou da Corte de Cassação. Durante um processo em curso, uma parte pode alegar que uma disposição legislativa atenta contra os direitos e liberdades garantidos pela Constituição.

Quando uma questão dessa natureza for apresentada perante uma jurisdição judiciária, ela deve tomar decisão sem prazo sobre a sua transmissão à Corte de Cassação. A transmissão deve ser ordenada, cada vez que a disposição legislativa contestada deva ser aplicada ao litígio ou procedimento, ou quando o fundamento da defesa estiver apoiado no argumento de que ainda não foi apreciada pela Corte Constitucional, exceto no caso de mudança de circunstâncias, ou que não tenha sido declarado conforme à Constituição pelo Conselho Constitucional. Também é preciso comprovar a relevância da demanda. Essa transmissão impõe, normalmente, à jurisdição a suspensão do processo.

---

<sup>13</sup> Na França, quando do surgimento da QPC, o Estado criou também a chamada “l’aide juridictionnel”, que significa Ajuda Jurisdicional, que tem a função de colaborar com o jurisdicionado usuário da Justiça Gratuita, ou daqueles que, por algum outro motivo litigam sem advogado, quanto à instauração de uma QPC.

A segunda etapa realiza-se diante da Corte de Cassação, encarregada de se pronunciar sobre a transferência ao Conselho Constitucional das questões prioritárias de Constitucionalidade, transmitidas por jurisdição judiciária ou levantadas durante um recurso em cassação. A Corte de Cassação deve pronunciar-se num prazo de três meses; se avaliar que não se faz necessária a transferência ao Conselho das questões suscitadas, cumpre-lhe informar à jurisdição diante da qual a questão foi alegada, e esse órgão jurisdicional é que deverá decidir sobre o caso.

A terceira etapa ocorre quando a Corte de Cassação envia a questão ao Conselho Constitucional, a quem compete julgar a conformidade da disposição legislativa em causa com a Constituição. A decisão do Conselho Constitucional, de âmbito geral, ultrapassa o caso em curso do qual a questão prioritária de constitucionalidade foi solicitada.

A disposição declarada inconstitucional é abrogada e não mais poderá ser objeto de exame prioritário de constitucionalidade, excepto se houver “mudança nas circunstâncias” ( ver N°1.3.2, .11).

### **1.3.2 - - O objeto Prioritário do Controle de Constitucionalidade**

A jurisprudência do Conselho Constitucional tenderá a precisar o âmbito exato da noção de “disposição legislativa” no sentido do artigo 61-1 da Constituição. Examinando os debates parlamentares ocorridos, quando da adoção da lei orgânica, distinguem-se os elementos seguintes.

Toda disposição legislativa, votada pelo Parlamento e promulgada pelo Presidente da Republica pode ser objeto de questão prioritária de constitucionalidade. De outro lado, cumpre definir o estatuto dos ordenamentos, como o Estatuto das Leis do Território francês da Nova Caledônia, localizado na Oceania.

Também é pertinente sublinhar que entram no campo do novo procedimento as leis adotadas antes da entrada em vigor da Constituição de 4 de outubro de 1958.

Resulta da análise das atividades preparatórias da lei constitucional de 23 de julho de 2008 que o constituinte pretendia que todas as disposições legislativas anteriores a 1958 e não expressamente abrogadas pudessem ser objeto de questão prioritária de constitucionalidade. Essa intenção responde ao objetivo de segurança jurídica perseguido pelo novo procedimento, criado para expurgar da ordem jurídico as leis contrárias à Constituição.

Quanto às leis promulgadas desde a entrada em vigor da Constituição da V<sup>o</sup> Republica, é evidente que elas estão inseridas no campo do novo procedimento. Essas disposições conservam seu caráter legislativo, enquanto o governo não proceder a sua modificação com decreto, depois da constatação pelo Conselho Constitucional, do caráter regulamentar, segundo o procedimento previsto na segunda alínea do artigo 37 da Constituição.

No caso das leis orgânicas, cuja intervenção é prevista por algumas disposições da Constituição, antes da sua promulgação, elas devem ser submetidas ao Conselho Constitucional, o qual controla todas as disposições (artigo 46 da Constituição). Por enquanto, essa circunstância não permite excluí-las, por princípio, do perímetro da questão prioritária de constitucionalidade. Os jurisdicionados podem alegar modificação das circunstâncias, de direito ou de fato, para solicitar o reexame pelo Conselho Constitucional das disposições já declaradas conformes à Constituição.

Quanto aos ordenamentos orgânicos tomados na base do antigo artigo 92 da Constituição:

Relativamente aos dispositivos orgânicos estabelecidos pelo Governo, em 1958 e 1959, para instituir as instituições da V<sup>o</sup> Republica, o antigo artigo 92 da Constituição conferiu-lhes expressa força de lei. Eles devem, então, ser considerados como disposições legislativas, no sentido do artigo 61-1 e podem ser objeto de questões prioritárias de constitucionalidade. Até então, não tinham sido submetidos ao controle do Conselho Constitucional. No que se relaciona à disciplina dos artigos 38 e 74-1 da Constituição, quando os conteúdos do artigo 38 são ratificados pelo legislador, eles adquirem retroativamente valor legislativo (ver, por exemplo, CE, 8 de dezembro de 2000, Hoffer e outros, n<sup>o</sup> 199072). O mesmo se aplica à regulamentação do artigo

74-1 da Constituição, relativamente às coletividades referidas pelo artigo 74 e à Nova Caledônia.

Quanto às leis do país da Nova Caledônia, o artigo 3 da lei orgânica de 10 de dezembro de 2009 previu expressamente que as disposições de uma lei da Nova Caledônia podem ser objeto de Questão Prioritária de Constitucionalidade.

Por outro lado, alguns atos votados pelo Parlamento não podem ser contestados pela via do novo procedimento: nem os regulamentos das assembleias, as resoluções mencionadas nos artigos 34-1 et 88-4 da Constituição, nem os avisos previstos no artigo 88-6 são disposições legislativas. Por esse motivo, não podem ser objeto de questão prioritária de constitucionalidade. Na mesma linha de pensamento, os atos regulamentares do governo não entram no campo do artigo 61-1. O controle da sua conformidade à Constituição continua a ser exercido pelo Conselho de Estado.

Em particular, enquanto não forem ratificadas pelo legislador, as disposições dos ordenamentos mencionados nos artigos 38 ou 74-1 da Constituição e que estão no domínio da lei são considerados atos regulamentares; não podem, por consequência, ser objeto do novo procedimento (ao contrário das leis de ratificação e dos ordenamentos ratificados).

Da mesma maneira, os decretos-leis criados antes da entrada em vigor da Constituição da V<sup>o</sup> República não são, em princípio, disposições legislativas no sentido do artigo 61-1 da Constituição: adotados pelo governo na base de uma autorização dada ao Parlamento, trata-se de atos regulamentares. A situação muda quando eles são ratificados ou modificados posteriormente por lei, ou mesmo simplesmente repetido, tal qual referidos na lei.

A norma constitucional invocada e fundamentada na QPC proposta, por força do art. 61-1 da Constituição francesa deve ser atentatória aos “direitos e liberdades garantidos pela Constituição”:

Algumas normas previstas na Constituição francesa não poderão servir de base para a instauração de uma QPC, como por exemplo, as normas da Constituição referentes ao processo legislativo, pois elas normas carecem de proteção imediata a direitos e liberdades. Essa constitui mera forma de ingresso de uma lei no ordenamento jurídico.

No entanto, deve-se ter em vista que uma QPC poderá ser invocada em caso de falta de competência para a elaboração de um ato, como no caso de que somente caberia a edição de norma pelo Legislador e o administrador resolveu editar a norma atentatória a direitos e liberdades individuais. Nesse caso específico, ainda que se trate de uma disciplina referente à elaboração de um ato, poderia ser objeto de QPC.

Em todos os casos, não se pode ignorar uma condição obstáculo: o dispositivo não deve ter sido declarado conforme a Constituição, salvo na hipótese de “mudança de circunstâncias”.

Ademais, a disposição legal contestada não pode ter sido declarada conforme a Constituição pelo Conselho Constitucional, no âmbito dos motivos e do dispositivo de outra decisão.

Qualquer que seja a jurisdição (ou, Juízo) perante a qual a QPC é proposta, esta não pode ser objeto de remessa à Corte de Cassação, ou até mesmo ao Conselho Constitucional, se a norma já tiver sido declarada inconstitucional, segundo os motivos e dispositivo de outra decisão emanada pela Corte Constitucional. Em outras palavras: caso o Conselho Constitucional tenha se manifestado em outra decisão, expondo em seus motivos, ou fazendo referência no dispositivo da decisão, acerca da inconstitucionalidade de uma norma, não poderá ser objeto de nova QPC, ainda que o fundamento esteja em outra norma, salvo na hipótese de “mudança de circunstâncias”. O mesmo entendimento se aplica, quando se tratar de norma já declarada constitucional.

Não se deve levar em conta o fato de decisão anterior do Conselho Constitucional ter sido tomada antes da análise da entrada em vigor da norma (no caso de controle de constitucionalidade prévio), ou se a decisão foi tomada em outra QPC. O que importa é que, se houve pronunciamento da Corte sobre a matéria, incabível será a QPC.

A previsão de que não apenas o dispositivo da decisão, mas também os motivos sirvam de análise, se já houve pronunciamento da Corte sobre o caso, tem por finalidade de tornar mais amplo o campo de incidência do controle a ser exercido pela Corte.

Como assinalado, excepcionalmente, “mudança de circunstancias”, (de direito e de fato), poderá justificar uma QPC de uma lei ao Conselho Constitucional, mesmo que este já tenha declarado conforme a Constituição a referida norma, seja nos motivos, seja no dispositivo da decisão.

Entre as circunstâncias de direito, pode-se ter como exemplo, a adoção do instituto da QPC a partir de 2005 e, quanto a modificação das circunstancias de fato, tem-se como exemplo, quando uma decisão do Conselho Constitucional tiver sido tomada há longo tempo, identificando-se algumas mudanças sociais, evolução científico-tecnológica e técnica, ou de natureza demográfica.

## 2. A CONSTITUCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Neste capítulo, a intenção é analisar fundamentos alusivos aos direitos fundamentais e seus reflexos no controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. Como exposto anteriormente, um dos pontos de referência para análise é a experiência francesa, onde prevalece a teoria exposta por *Favoreau*<sup>14</sup> acerca do chamado “Bloco de Constitucionalidade”, que vem a ser o conjunto de normas que, inobstante não estejam em um mesmo texto (Constituição), possuem o valor de norma constitucional e servem de referência para as demais normas, quando o assunto é o controle de constitucionalidade.

Na França, merecem realce as seguintes normas consideradas como constitucionais:

- Os direitos e liberdades garantidos pela Constituição são os direitos e liberdades contidos na Constituição de 4 de outubro de 1958, alterada várias vezes, guardião da liberdade individual (artigo 66);

- Os documentos mencionados no preâmbulo da Constituição de 04 de outubro de 1958, a saber:

- Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789;

- O preâmbulo da Constituição de 1946;

- Os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República (que retorna o Preâmbulo da Constituição de 1946), por exemplo, liberdade de associação e liberdade de educação;

- A Carta Ambiental de 2004;

Percebe-se com isso, que a França possui até mesmo como referência constitucional valores escritos e designados no preâmbulo da Constituição anterior, demonstrando ruptura do Estado com a promulgação de nova Constituição, como também a manutenção de preceitos consagrados anteriormente.

---

<sup>14</sup> – “Droit Constitutionnel 2. La V. République – 3 edition – Frederic Rouillois – Ed. Champs Université – Flammarion” p. 317

Com isso, são passíveis de provocação imediata à Corte Constitucional Francesa, por qualquer jurisdicionado, mediante a Questão Prioritária Constitucional, qualquer lei ou ato normativo atentatório aos direitos e liberdades previstos nestes textos.

No Brasil, muito se discute sobre o alcance do termo “direito fundamental”, o que exige definição efetiva do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), não obstante se pudesse, como exposto, determinar (estabelecer) quais são tais direitos na própria Constituição.

A noção dos direitos fundamentais decorre da concepção de que, não obstante o Estado tenha suma importância na modernidade, o foco de atenção recai no indivíduo que cria e sustenta o ente estatal. Para tanto, alguns direitos são inerentes ao homem e preservados, quando da criação do Estado. Como criador do Estado, o homem deve estabelecer normas fundamentais não somente para o surgimento e manutenção do Estado, mas também no intuito de garantir que seu direito não sofrerá interferências ilegítimas do próprio Estado.

A esse respeito, é muito relevante a contribuição de Nascimento<sup>15</sup>, quando esclarece que:

“Direitos fundamentais têm dimensão objetiva-axiológica e subjetiva. Formam uma rede de valores que dá corpo aos conteúdos jurídico-constitucionais fundadores e legitimadores do sistema de direitos, ao mesmo tempo em que geram posições jurídicas subjetivas, proporcionando aos seus titulares situações jurídicas de vantagem reforçadas pelo status de fundamentalidade. Esta prevalência axiológica serve para hierarquizar internamente o sistema de direitos favorecendo a função penetrante e prescritiva da constituição escrita, superior e rígida. Isto porque o cardápio de valores fundamentais chancelados na ordem político-institucional e reforçados pela técnica jurídica, fornecem a identidade constitucional de um povo quando organizado de forma soberana sob os limites de um território e em certo período histórico”.

---

<sup>15</sup> NASCIMENTO, **Rogério Bento**. Direitos Políticos na jurisprudência do STF. In: Sarmento, Daniel & Sarlet, Ingo. Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.731.

Nessa linha de raciocínio, alguns direitos, denominados fundamentais, precisam ser expressos e previstos na norma fundamental e de criação do próprio Estado; no caso, a Constituição. Em paralelo, considerando o dinamismo da vida em sociedade e a evolução científico-tecnológica, também há espaço para que se estabeleçam outros direitos como fundamentais, ainda que não previstos na Constituição.<sup>16</sup>

Para se chegar ao reconhecimento da necessidade de impor ao Estado alguns direitos básicos do cidadão, a sociedade sofreu diversas transformações e desafios, especialmente com os mandos e desmandos dos detentores do Poder. Primeiro vieram os famosos Pactos e Declarações, e em seguida, o próprio conceito de Constituição e a inserção dos chamados direitos fundamentais.<sup>17</sup>

Estabelecidos os Direitos Fundamentais na Constituição, adquire relevo a força normativa da Lei Maior, fazendo com que o Estado (e o indivíduo) sejam obrigados a respeitar o que foi estabelecido. Ademais, a concepção de direitos fundamentais propicia ao Constituinte espaço para o reconhecimento de novos direitos também fundamentais, de acordo com a evolução da sociedade que busca sempre uma maior proteção e garantia.<sup>18</sup>

Decorre desse pressuposto o dinamismo dos direitos fundamentais: um direito reconhecido como fundamental nos dias atuais, não pode deixar de sê-lo no futuro. Todavia, um direito hoje não contemplado no rol dos direitos fundamentais, em um tempo próximo pode vir a ser incluído como tal.

Um exemplo de que os direitos fundamentais estão em constante evolução e não se restringem aos estabelecidos na Constituição em determinado

---

<sup>16</sup> Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Ed. Campos, 1992, p. 4. “os direitos do homem ganham relevo quando se deslocam do Estado para o indivíduo”.

<sup>17</sup> “O Pacto social preside de um documento escrito. Entretanto, nada proíbe que seja reduzido a termo, em texto solene. Isto, inclusive, tem a vantagem da clareza e da precisão, bem como um caráter educativo. Tal documento (A Declaração de Direitos) o século XVIII cuidou de formalizar. Não é ele a Constituição que já o presume existente. É a declaração de Direitos.

<sup>18</sup> “Do Garantismo Negativo ao Garantismo Positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade”, escrito por Lenio Luiz Streck, pág. 225, revista *Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Ano 8 – n. 07 – 2005*”

“Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos á disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido á relação Constituição- Estado- Sociedade no Brasil, por exemplo.”

momento da história, no caso brasileiro, foi o julgamento da ADI 3685 / DF, onde ficou estabelecido pelo STF que o princípio da anterioridade eleitoral seria uma garantia fundamental. A esse respeito, merece destaque trecho do voto no STF da Ministra , Ellen Gracie:<sup>19</sup>

Não obstante as diversas discussões sobre o tema relacionado á extensão dos direitos fundamentais, certo é que nossa Constituinte optou por considerar como tais os artigos 1º ao 14º, da CRFB/88, bem como o art. 60, § 4º, conhecido como cláusula pétrea. Não obstante, como visto o Supremo Tribunal Federal dar interpretação extensiva para outras normas da Constituição.

Procurou-se também, na seara da doutrina, definir os direitos fundamentais por categorias<sup>20</sup>, sublinhando-se os direitos humanos de primeira geração, que congregam aqueles diretamente relacionados com a interferência estatal na esfera do individuo, devendo o Estado se abster de praticar qualquer ato atentatório a estes direitos, como se fosse “um campo de força” do cidadão.

Os de segunda geração abarcam os chamados Direitos Sociais, que, ao contrário dos da primeira geração, que exigem um “não fazer” por parte do Estado, passam (estes) a requerer atuação positiva do Poder Público, especialmente quanto á política social, do trabalho, da previdência, da saúde, da educação), e ainda, a necessidade de regulação das atividades privadas no cenário econômico.

Como de terceira geração, e decorrentes da evolução social, surge o modelo de garantia dos direitos que protegem um grupo de pessoas, determinado ou não, integradas por possuírem em comum algum interesse ou relação de fato ou de

---

<sup>19</sup> ADI 3685 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 22/03/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

“...5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º,IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)...”

<sup>20</sup> Cumpre destacar que não obstante muitos considerem como serem direitos distintos, para fins do presente trabalho não se faz distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Ambos são tratados apenas como fundamentais. Nesse sentido: “Direitos Humanos Fundamentais”, editora Saraiva – Manoel Gonçalves Ferreira Filho – 13a. Edição pág. 33, “é verdade que, no diálogo político, não mais se fala em direitos do Homem, embora textos constitucionais ainda empreguem a expressão. O feminismo conseguiu o repúdio da mesma, acusando-a de “machista”. Logrou impor, em substituição, a politicamente correta terminologia de direitos humanos, direitos humanos fundamentais, de que direitos fundamentais são sua abreviação”

direito. Nesse contexto, encontram-se, entre outros, os direitos do consumidor, ao meio ambiente e à preservação dos patrimônios (histórico e cultural).

Há quem se refira à existência dos direitos de quarta e quinta geração.<sup>21</sup>

No caso da quarta geração, tem-se os direitos ligados à pesquisa genética, surgida da necessidade de se impor controles à manipulação genética, em especial, do ser humano. No âmbito dos direitos da quinta geração, situam-se aqueles emergentes no contexto do avanço da cibernética.

Questão interessante também com relação aos direitos fundamentais é saber se os referidos direitos garantidos na Constituição Federal somente poderiam ser oponíveis em face do Estado, ou seja, somente poderiam ser afetados por atos do Poder Público.<sup>22</sup> A esse respeito, prevalece na doutrina e na jurisprudência do STF<sup>23</sup> a tese da verticalização do direito fundamental, o que denota permitir a sua proteção não somente quando se tratar de ato estatal, mas também ser aplicado em relação privada, alargando não somente o conceito mas também o alcance dos direitos fundamentais.

Seria interessante indagar e trazer à discussão se a ofensa de um direito fundamental por outro indivíduo seria também suficiente para provocar análise imediata da Corte Suprema pelo jurisdicionado afetado pela infração, no caso de

---

<sup>21</sup> Direitos Humanos de Quarta e Quinta Geração. Os direitos humanos de quarta e quinta dimensão seriam aqueles que surgiram dentro da última década, devido ao grau avançado de desenvolvimento tecnológico da humanidade, sendo estes ainda apenas pretensões de direitos.

<sup>22</sup> A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht), mas como também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats). Gilmar Ferreira Mendes – Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional – Editora Saraiva – 3. Edição – 4 tiragem, pág.

11”

<sup>23</sup> Recurso Extraordinário 201.819-8 - Na hipótese, a União Brasileira de Compositores (UBC) interpôs recurso extraordinário visando à reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que invalidou seu ato de exclusão de associado ao argumento de que a recorrente não teria respeitado o princípio constitucional da ampla defesa.[2] A recorrente justificou que, no caso, não se aplicaria o referido princípio já que não se tratava de órgão da administração pública. A ministra Ellen Gracie, então relatora, acompanhada pelo ministro Carlos Velloso, deu provimento ao recurso sob a alegação de que as associações privadas possuem autonomia para elaboração de suas regras e, neste compasso, os indivíduos que nela ingressariam tinham de aderir a estas normas, ademais em se considerando o cumprimento do estatuto, não haveria se falar em anulação da exclusão do associado. Divergiu o ministro Gilmar Mendes, seguido pelos ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, fundamentando sua decisão na teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

existir esta espécie de controle. Parece que o fato do titular da ofensa ser um ente, ou um particular, em nada importaria na necessidade da garantia imediata de proteção do direito fundamental violado. Em outras palavras, o fato de o Poder Público não ser o autor da violação em nada impede ao cidadão que teve seu direito violado de perquirir a invalidação e a cessação da ilegalidade (ou, inconstitucionalidade) do ato.

Não obstante a relevância do assunto, foge ao escopo do presente trabalho definir, ou enfrentar a discussão do que seria, ou não um direito fundamental, bem como o seu efetivo alcance. O foco da análise é tão somente demonstrar que os direitos fundamentais precisam de garantia eficaz por parte do Estado. seja através da Corte Suprema, seja através da Corte Constitucional.

Nessa ordem de reflexão, o cidadão tem o direito de provocar uma definição rápida quando sentir que um direito seu (fundamental) esteja sendo violado, sem a necessidade de ter que percorrer longo processo judicial, para que a solução ao caso (ofensa, ou não, ao direito fundamental) seja definida pelo Estado.

Atualmente, seja qual for a teoria esposada quanto à extensão dos direitos fundamentais, não existe espaço para exigir do cidadão longa espera pela resposta do Estado quando seu direito fundamental estiver sendo violado, ainda que na sua concepção. Não é justo, nem mesmo da essência do chamado direito fundamental, admitir-se postergação da sua eficácia.

Sob essa premissa, o sistema em vigor no país precisa ser aprimorado e modificado visando a impedir ofensas aos direitos fundamentais do cidadão, sem resposta imediata por parte do Estado. Por óbvio, não basta conceder e reconhecer o direito, se não se dispuser de instrumento para dar eficácia a este direito.

## **2.1 - O Controle Judicial de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**

Vale ainda fazer um registro de problema a ser melhor analisado em outra pesquisa, mas que merece alusão, quando se reflete sobre a interpretação conforme. Trata-se do risco do ativismo judicial, que permite ao Poder Judiciário, no caso específico do controle de constitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, sob a

singela alegação de “preservar” o texto impugnado, “criar” outra norma não prevista pelo legislador, como se explicita a seguir:

*“No bojo de tais considerações há uma grande discussão que toma corpo no Brasil nos dias atuais e que diz com o chamado ativismo judicial, aqui entendido como a tendência do Poder Judiciário fazer às vezes do Poder Legislativo e do Poder Executivo em situações especiais, até em face da ausência irresponsável destas instituições em segmentos e temas de sua competência constitucional originária.”<sup>24</sup>*

Retomando o sistema misto de controle de constitucionalidade, tem-se que o sistema brasileiro adotou o controle difuso (modelo estadunidense) que vem a ser o exercício de controle feito pelos Tribunais de todo país (por qualquer juiz ou Tribunal) estando todos aptos a interpretar e aplicar o texto constitucional, não obstante a palavra “final” ser sempre (aliás, quase sempre porque somente manifestado quando provocado) dada Supremo Tribunal Federal.

Em paralelo a este sistema denominado difuso de controle de constitucionalidade, adotou-se também o sistema europeu, caracterizado pelo controle direto e concentrado da norma atentatória a Constituição. Tal controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (também) em ações direta propostas por legitimados previamente determinados, não obstante este sistema de controle tenha como característica uma Corte que não faça parte do Poder Judiciário.

Vale lembrar que a definição acerca da natureza do controle de constitucionalidade sobre ser este exercido de forma difusa, ou concentrada, decorre da definição quanto ao órgão que exerce o referido controle, existindo também outras especificações das espécies de controle.

No entanto, o que importa para o presente trabalho é saber justamente qual o órgão capacitado a dizer se uma norma é compatível, ou não com as normas constitucionais.

### **2.1.1. O Controle Judicial Concentrado no Brasil**

---

<sup>24</sup> LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Ativismo Judicial e Déficitis Democráticos – Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias*. Ed. Lumen Juris, 2011, pág. 16.

Como é cediço na doutrina, o sistema de controle de constitucionalidade na modalidade concentrado é oriunda da experiência europeia e possui como característica a designação a uma Corte Constitucional a atribuição de “proteger o texto constitucional”. Na sua essência e conforme o modelo inspirador, essa Corte, não faz parte da estrutura do Poder Judiciário. No entanto, no Brasil, a adoção do sistema misto acabou por permitir a “averiguação de constitucionalidade” pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo na estrutura do Poder Judiciário.

O controle concentrado no Brasil pode ser exercido por diversas modalidades de ações, que serão mencionadas a seguir de forma resumida, tendo em vista a farta doutrina sobre a matéria.

-Ação Direta de Inconstitucionalidade - Este tipo de ação, sob a denominação de Representação, foi prevista no direito brasileiro pela Emenda, de n. 16<sup>25</sup> à Constituição de 1946 e está previsto na atual Constituição de 1988 no art. 102, I, a c-c 103<sup>26</sup>. A Constituição vigente procedeu significativa mudança quanto à legitimidade para a propositura desta ação, aumentando o rol dos legitimados, anteriormente limitado ao Procurador Geral da República.

---

<sup>25</sup> Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: k) a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal, estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.

<sup>26</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [\(Redação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

b) I - o Presidente da República;

c) II - a Mesa do Senado Federal;

d) III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

e) IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; [\(Redação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

f) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [\(Redação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

g) VI - o Procurador-Geral da República;

h) VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

i) VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

j) IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O rito da Ação Direta encontra-se estabelecido atualmente pela lei 9868 de 1999 e tem a finalidade de obter pronunciamento da Corte (Supremo Tribunal Federal) sobre a compatibilidade, ou não do texto impugnado com a Constituição, sob a alegação de invalidade da norma.

- Ação declaratória de constitucionalidade Essa modalidade de ação foi criticada pela doutrina, especialmente pelo fato de que uma norma, antes de sua entrada em vigor, passa pelo crivo do controle prévio de constitucionalidade, seja através da chamada Comissão de Constituição e Justiça, seja pelo poder de veto do Poder Executivo.

Por isso, antes de ser invalidada, a norma possui presunção de legitimidade (no caso, de constitucionalidade), o que importa dizer que não haveria necessidade de se questionar sua “confirmação” de constitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, como espécie de consulta. Ocorre que, diante de inúmeros atos normativos inconstitucionais editados pelo Poder Legislativo e no intento de evitar maiores constrangimentos aos cidadãos, optou-se pela criação desse tipo de ação, ainda que incoerente com o sistema.

Como será proposto mais adiante, este tipo de ação deve ser afastado de ordenamento jurídico, devendo, no entanto, ser adotado o chamado controle judicial prévio à execução do ato, que permitirá análise da lei, antes de sua efetiva eficácia no mundo jurídico, e após a sua promulgação. Denominar-se-ia prévio, pois o exercício do controle se daria antes de sua aplicação às relações jurídicas, o que acarretaria mudança de entendimento doutrinário sobre a existência de controle prévio após a promulgação da norma. O termo prévio estaria diretamente relacionado, não mais à promulgação da norma, mas à possibilidade de aplicação imediata. Poder-se-ia dizer que estaria ainda no campo da validade, daí falar-se em controle prévio.

Esta Ação Declaratória de Constitucionalidade<sup>27</sup> foi criada na atual Constituição através da Emenda de n. 3, de 1993.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

Quando da criação da chamada ADC, a legitimação era restrita a um grupo determinado de pessoas,<sup>29</sup> o que gerou inúmeras críticas, tendo a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, ampliado o rol de legitimados para os mesmos da ADI (Ação Indireta de Inconstitucionalidade).

O rito da ação é o definido pela lei 9868, de 1999.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Trata-se de modalidade prevista no art. 103, parágrafo 2.<sup>30</sup>, da Constituição de 1988, com a finalidade de suprir a expedição de atos normativos previstos no corpo do texto constitucional.

Tal necessidade se verifica nas constituições, como a brasileira, em que as normas constitucionais não são apenas definidoras de direito, mas também

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))

<sup>28</sup> A ação declaratória de constitucionalidade não apresenta similar rigorosamente próximo no direito comparado, embora alguns autores procurem demonstrar ter ela antecedentes no próprio direito brasileiro. Sua criação se deveu [a constatação de que, sem embargo da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos normativos do Poder Público, essa questão se torna controvertida em uma variedade de situações. Previu-se assim, um mecanismo pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma ratificação da presunção. – págs. 252 e 253, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – Luis Roberto Barroso – Editora Saraiva – 5. Edição 2011”

<sup>29</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

~~V - o Governador de Estado;~~

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>30</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: ... § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias

apresentam características programáticas (termo rechaçado por alguns)<sup>31</sup>, as quais exigem atuação do legislador a fim de dar efetividade á própria norma prevista na Constituição.

O pressuposto é de que se há previsão expressa no texto constitucional, ela deve ser cumprida, caracterizando-se a omissão ao seu cumprimento verdadeira inconstitucionalidade.

Ocorre que, com a devida vênia, esta omissão não deve servir para permitir uma atuação legiferante do Poder Judiciário, sob o argumento de dar efetividade ao texto constitucional.

A mesma crítica feita ao chamado Ativismo Judicial serve para essa modalidade de ação, e por diversas razões, sendo crucial a ausência de legitimação do Supremo Tribunal Federal, seja pelo fato de não são representantes do povo, seja pelo fato de que acabam por “editar normas”, sem qualquer questão política, apenas jurídica.

Entendo que, quando o Constituinte explicitou que as normas previstas na Constituição tinham aplicação imediata, o fez de forma clara, conforme a norma do art. 5. Parágrafo único, da CRFB-88. Ao deixar ao alvedrio do legislador ordinário, embora como obrigação, permitiu-lhe analisar a conveniência e oportunidade de criação da norma, não da necessidade em si (conteúdo), mas do tempo (o quando seria necessário).

---

<sup>31</sup> “Direito Constitucional e Teoria da Constituição – 7. Edição (8. Reimpressão) – JJ Canotilho – Ed. Almedina – pág. 1176 e 1177. Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação á doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que “impõem uma actividade” e “dirigem” materialmente a concretização constitucional. O sentido das normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional ... Ás normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas pragmáticas, não significa que este tipo de norma careça de positividade jurídica autônoma. Isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador. ... Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, á sua realização (imposição constitucional); 2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam”

A discussão poderia ser acerca da razoabilidade, ou não da questão temporária (como entende atualmente o STF) -<sup>32</sup>, e com isso permitir determinação de cumprimento da “ordem constitucional”. Conforme JJ Canotilho, não há mais que se falar em norma programática, pois todas as normas do texto constitucional são de aplicação direta. Reconhecida a “mora” do legislador, o Supremo Tribunal Federal determina um prazo para o seu cumprimento, no caso de omissão do Poder Legislativo e, na eventual omissão por parte de órgão administrativo, a estipulação de prazo possui caráter mandamental, sob pena de responsabilidade.

A referida omissão pode ser parcial, acarretando inconstitucionalidade por omissão parcial, ou total.

O rito a seguir é o previsto na Lei 9868, de 1999, que sofreu alteração pela Lei 11.063, de 2009.

Da ação direta interventiva: Sabe-se que a forma federativa é um princípio básico da República Federativa do Brasil,<sup>33</sup> devendo ser observada a autonomia dos entes. Decorre daí a intervenção ser considerada como medida extrema, apta a garantir a observância dos princípios constitucionais.<sup>34</sup>

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, as atribuições definidas pela Constituição são verdadeiras distribuições de competências, não havendo portanto que se falar em hierarquia entre os entes, pois a cada um é fornecida competência determinada.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> AdinMC 1458-DF.

<sup>33</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...

<sup>34</sup> Estes princípios são assim denominados em decorrência de sua inobservância poder acarretar a intervenção federal sobre a autonomia política do Estado ou Distrito Federal que mau exercer suas competências legislativas, administrativas ou tributárias. Desta forma, quaisquer leis ou atos normativos do poder público, na realização de sua competência constitucional, que viole um dos princípios sensíveis constitucionais, poderá sofrer controle concentrado de constitucionalidade, por meio da ação interventiva **MORAES, Alexandre de, Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2004, Pp. 774

<sup>35</sup> pág. 255 – Elementos de Teoria Geral do Estado, editora Saraiva, Dalmo de Abreu Dallari, 30. Edição, 2011.

A Constituição de 1988 trata a referida ação de Representação, prevista nos arts. 36, III c-c 34, VII., cabendo ao Supremo Tribunal Federal a análise da violação, ou não dos chamados princípios sensíveis.<sup>36</sup>

O rito da referida Ação Interventiva é o estabelecido pela Lei 4337, de 1946.

Ocorrendo a procedência da Representação, ou do pedido da ação, haverá um comando para que o Estado desfaça o ato considerado como atentatório aos princípios do art. 34, IV, da CRFB-88, sob pena de Intervenção.

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, verificava-se significativa lacuna quanto a permitir um controle concentrado de algumas normas que acabavam por chegar ao Supremo Tribunal Federal, somente através da via do controle difuso.

As principais normas que ficavam de fora do controle concentrado eram as de origem municipal em face da Constituição Federal e normas de direito federal, estadual e municipal anteriores à Constituição, sempre mencionadas quanto à não recepção da norma.<sup>37</sup>

Questão interessante quanto à criação dessa nova modalidade de controle, efetivada pela Lei 9882, de 1999, que deu eficácia ao art. 102, parágrafo primeiro da CRFB-88, foi ter havido a provocação do Supremo Tribunal Federal com o envio do anteprojeto de Lei, através de ofício aos Ministros da Corte, para que opinassem sobre a criação (e conseqüente constitucionalidade) da referida norma e instituto.<sup>38</sup>

Não obstante o referido Aviso do Ministério da Justiça acerca da tramitação do anteprojeto de criação da Arguição de Descumprimento de Preceito

---

<sup>36</sup> DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Editora Saraiva, 30. Edição, 2011, pág. 255.

<sup>37</sup> Foi em resposta a esse quadro de incompletude que surgiu a ideia de desenvolvimento do chamado “incidente de inconstitucionalidade”. Também foi nesse contexto que, juntamente com o Professor Celso Bastos, passamos a indagar se a chamada “arguição de preceito fundamental”, prevista no art. 102, parágrafo primeiro, da CF, não teria o escopo de colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do Supremo Tribunal Federal. O Instituto, sem dúvida, introduziu profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.” – “Arguição de Descumprimento de preceito fundamental – Comentários a Lei 9.882, de 3-12-1999 – Gilmar Ferreira Mendes – Editora Saraiva – Série IDP – 1. Edição – 2. Tiragem, 2009 – pág. 1, introdução.”

<sup>38</sup> Aviso-MJ n. 624, de 04.05.1998.

Fundamental, como visto, com a finalidade de manifestação da Corte Suprema acerca de sua constitucionalidade, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs ação de direta de inconstitucionalidade (ADI n. 2231) questionando a constitucionalidade de algumas normas da Lei 9882-99 (art. 1, parágrafo único, I; art. 5., parágrafo 3; art. 10, caput e parágrafo 3; art.11).

Em 08.12.2001, a Corte, após conceder a liminar<sup>39</sup> para dar interpretação conforme ao art. 1., parágrafo único, I, da Lei 9882-99, no sentido de que, com relação a ações já ajuizadas questionando a constitucionalidade de qualquer norma anterior à Constituição, seria inviável a utilização da ADPF, e ainda com relação ao art. 5., parágrafo terceiro que foi suspenso, que se refere a determinação de suspensão de processos em andamento, quando ajuizada ADPF referente a norma questionada, resolveu adiar o julgamento após pedido de vista, estando a referida ação até hoje sem o julgamento definitivo.<sup>40</sup>

O questionamento da Ordem dos Advogados decorreu especialmente do fato de que o constituinte originário apenas previu a criação do referido instituto, mas não fez maiores comentários ou determinações a serem observadas pelo legislador, que ficou “livre” para inovar.

<sup>39</sup> SEPÚLVEDA PERTENCE. DECISÃO: DEPOIS DO VOTO DO SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA, RELATOR, DEFERINDO, EM PARTE, A MEDIDA LIMINAR, COM RELAÇÃO AO INCISO I DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.882, DE 03 DE DEZEMBRO DE 1999, PARA EXCLUIR, DE SUA APLICAÇÃO, CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL CONCRETAMENTE JÁ POSTA EM JUÍZO, BEM COMO DEFERINDO, NA TOTALIDADE, A LIMINAR, PARA SUSPENDER O § 3º DO ARTIGO 5º DA MESMA LEI, SENDO EM AMBOS OS CASOS O DEFERIMENTO COM EFICÁCIA EX NUNC E ATÉ FINAL JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA, PEDIU VISTA O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, NESTE JULGAMENTO, OS SENHORES MINISTROS NELSON JOBIM, ILMAR GALVÃO E MARCO AURÉLIO, PRESIDENTE. FALOU, PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, O DR. GILMAR FERREIRA MENDES. PRESIDIU O JULGAMENTO O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES. PLENÁRIO, 05.12.2001.

<sup>40</sup>

Lei 9882-99:

- Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

- Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

... § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

A referida ação, criada pela Lei nº 9.882-99, representou significativa inovação no sistema de controle de constitucionalidade, não apenas quanto a se dispor de mais uma modalidade de controle, mas com relação aos legitimados para a provocação do Supremo Tribunal Federal, visando à proteção de preceitos fundamentais.

Havia, no texto enviado à Presidência da República, mais precisamente no seu artigo 2., II, da Lei nº 9882-99,<sup>41</sup> a possibilidade de qualquer jurisdicionado provocar imediatamente o Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de que este se pronunciasse

---

<sup>41</sup> MENSAGEM Nº 1.807, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei nº 17, de 1999 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados), que "Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal".

Decidi vetar os dispositivos a seguir transcritos:

**Inciso II do art. 2º**

"Art. 2º.....

II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

....."

**Razões do veto**

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.

acerca da inconstitucionalidade da norma impugnada, antes mesmo de ter que se percorrer um longo processo judicial.

Ocorre que, por razões políticas, e com alegações de “sobrecarga” de trabalho que teria o Supremo Tribunal Federal, a Presidência da República, exercitando o seu poder de controle político prévio de constitucionalidade, vetou o referido art. 2, II, da Lei nº 9.882-99, retirando do texto da lei a maior inovação proposta pelo legislador.<sup>42</sup>

É justamente nesse ponto que repousa o questionamento do presente estudo, no sentido de que se carece de um instituto que permita a imediata provocação do Supremo Tribunal Federal, quando há clara ofensa a preceitos fundamentais, entendidos como direitos fundamentais.

A Lei nº 9.882, de 1999 foi criada com este objetivo, tendo chegado a ser aprovada pelo Poder Legislativo com a previsão do instituto de controle imediato por qualquer jurisdicionado. Sob esse enfoque, pode-se inferir que a própria sociedade pretendeu criar este tipo de controle, que somente não foi implementado no ordenamento brasileiro, por questões políticas apresentadas nas razões de veto do Exmo. Sr. Dr. Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

## **2.2. A Proteção dos Direitos Fundamentais e o Supremo Tribunal Federal**

No cenário dominante na cultura brasileira, verifica-se tendência à subordinação do cidadão ao Estado, o que o transforma em prisioneiro de decisões de natureza político-eleitoral, dificultando o pleno exercício da cidadania.

Nesse contexto, a premissa derivada da principiologia constitucional é de que não se basta dar o pão de cada dia, sem que seja concedida ao cidadão a oportunidade de se desenvolver intelectualmente e, conseqüentemente como profundo conhecedor e partícipe da construção e efetividade de seus direitos.

---

<sup>42</sup> É fácil ver, pois, aqui, uma aproximação maior entre o incidente de inconstitucionalidade e o chamado “processo de controle concreto” do sistema concentrado europeu” - “Arguição de Descumprimento de preceito fundamental – Comentários a Lei 9.882, de 3-12-1999 – Gilmar Ferreira Mendes – Editora Saraiva – Série IDP – 1. Edição – 2. Tiragem, 2009 – pág. 17.

O mesmo se verifica em relação à resistência à implementação no ordenamento jurídico brasileiro de um instituto capaz de permitir que o cidadão (jurisdicionado) exerça o seu direito de ação previsto na Constituição em sua plenitude. Nesse passo, o jurisdicionado no Brasil, embora tenha assegurado o livre exercício do direito de ação, carece-lhe um meio de que possa, por sua vontade e iniciativa, questionar ofensa a um direito fundamental. Nessa ordem de reflexão, não basta assegurar ao jurisdicionado a oportunidade de buscar reparação a um direito fundamental em um longo processo judicial como o brasileiro com seus inúmeros recursos e procedimentos. Não é suficiente prever a possibilidade de o cidadão (jurisdicionado) provocar imediatamente determinado órgão do Estado para que o mesmo, ingresse com alguma medida em proteção do direito deste cidadão.

É preciso propiciar ao jurisdicionado a imediata oportunidade de questionar do Estado-Juiz, se percebe que seu direito fundamental é violado por outra norma, ou ato. É preciso que o jurisdicionado obtenha resposta imediata a respeito da alegada violação.

Inúmeros são os processos de controle concentrado, paralisados no Supremo Tribunal Federal, à espera de julgamento que envolva diretamente um direito fundamental, assim como são inúmeras as normas existentes no ordenamento, não questionadas, por motivos políticos dos legitimados. E mais, a previsão de que o jurisdicionado possa provocar o legitimado (art. 2, I, da Lei 9882-99), mediante representação, para que este venha a propor a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, carece de mandamento, ou seja, se por questões políticas, ou até mesmo de convencimento, o legitimado discordar das alegações do Representante, não haverá ADPF proposta.

Sob esse ângulo de análise, o exercício da cidadania está estritamente relacionado com o seu exercício pleno, sob pena de mitigar direito que não admite mitigação. Poder ingressar em Juízo a qualquer momento, quando tiver o seu direito violado não basta ao cidadão, o qual carece de resposta imediata por quem tem o

dever de se manifestar sobre a constitucionalidade, ou não da norma, ou ato, que atinge o seu direito fundamental.<sup>43</sup>

Eis porque se considera extremamente necessário criar um instituto no direito brasileiro apto a permitir a provocação imediata pelo cidadão do Supremo Tribunal Federal, para que se manifeste acerca da constitucionalidade da norma que estaria em desacordo com a Constituição.

Deve-se ter em mente que não se trata de proteção individual propriamente dita, uma vez que levada a efeito no caso concreto e por provocação de uma parte, uma vez que se refere a ofensa a direito fundamental, que pode dizer respeito apenas a uma pessoa, mas que traz consequências aos demais cidadãos, por óbvio, tendo em vista tratar-se de direito fundamental, sob proteção.

A proposta é de se criar um instrumento processual, nos moldes do modelo recentemente criado na França, que permita ao jurisdicionado, diante do preenchimento de alguns requisitos determinados pelo legislador, provocar o Supremo Tribunal Federal para sua manifestação imediata, entendida esta como sendo um prazo determinado para avaliação.

A proposta é de que se promova, como previsto no direito francês atualmente, a possibilidade de que qualquer jurisdicionado verifique se o seu direito fundamental está sendo violado por uma norma ou ato do Poder Público, mediante procedimento específico e paralelo a sua questão principal (em uma espécie de incidente) expor suas razões de convencimento acerca da inconstitucionalidade da norma que afeta o seu direito.

Essa manifestação poderia ocorrer em qualquer Juízo ou Tribunal e deveria ser feita por escrito e endereçada ao Juiz do processo, que faria uma análise

---

<sup>43</sup> Portanto, é preferível falar em acesso ao Direito, como um construto síntese das ideias de nacionalidade, tomada como pertinência, como vínculo com o Estado Territorial, cidadania, empregada num sentido ampliado que contempla o direito e os meios de formação de opinião e na vontade comuns, ou seja, na delimitação do interesse público, dentre os quais figuram os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais entendidos como condição de possibilidade da democracia e inclusão, no sentido de reconhecimento de todas as pessoas, na ordem jurídica, como sujeitos de direitos de proteção e fruição. Pág. 436 – Rogerio José Bento Soares do Nascimento – “Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da constituição dirigente.” – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Juris Poiesis – Homenagem aos 35 anos do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – ano 08, n. 8, jul. 2005 – ISSN 1516-6635”

preliminar do incidente, que, acolhido, seria enviado a algum órgão específico da estrutura do Poder Judiciário que faria nova análise acerca da possível violação.

Em caso de juízo de admissibilidade positivo realizado por este segundo órgão, o incidente deveria ser levado ao Supremo Tribunal Federal, para um dos órgãos de sua estrutura que faria a análise da questão, dentro de prazo determinado.

É chegada a hora de dar ao cidadão a oportunidade de exercer a cidadania plena e fornecer-lhe instrumentos que possa participar mais efetivamente das escolhas jurídicas e políticas do país.

O reduzido e especial rol de legitimados para proposituras de ações que permitam o exercício do controle concentrado e direto da constitucionalidade de uma norma, ainda que questionável, não se sustenta, quando da ocorrência de ofensa a um direito fundamental. Não há como confundir o pleno exercício da cidadania e acesso à justiça garantido ao cidadão, mediante a previsão de outros instrumentos de proteção (como o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, dentre outros). Não se fala propriamente da possibilidade de utilização destes instrumentos, mas de se poder consultar o órgão guardião da Constituição se efetivamente há violação dos preceitos fundamentais previstos na Constituição.

Ao cidadão não deve bastar o ingresso e uma resposta rápida do Poder Judiciário, enquanto permanecerá aflito, para ter a certeza de seu direito. Não se trata de questão procedimental, que lhe garantirá o acesso ao direito, mas de questão material, atrelada ao posicionamento definitivo do órgão designado pelo Constituinte Originário a exercer o controle de constitucionalidade dos atos.

Aliás, poder-se-ia até mesmo se dizer que a possibilidade de provocação imediata do Supremo Tribunal Federal já representa um direito fundamental garantido ao cidadão jurisdicionado, uma vez que corresponde ao efetivo exercício do direito de ação.

Os direitos fundamentais violados não podem, nem devem esperar a longa tramitação de um processo judicial. Reforça esse posicionamento o dado de realidade de ser muito comum juízes e Tribunais opinarem em um sentido contrário ao que foi estabelecido posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal em grau de recurso.

Isto inclusive não é novidade enfrentada pelos brasileiros. Já se discute, em prol de maior efetividade na resposta constitucional, acerca da possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* nas denominadas ações oriundas do Controle Difuso, ainda que em descompasso com o próprio sistema.<sup>44</sup>

Essa discussão e possibilidade de extensão dos “afetados” pela decisão no controle difuso, nada mais é do que uma consequência da necessidade verificada no país de que deve haver pronta resposta do Supremo Tribunal Federal, quando diante de uma inconstitucionalidade.

Ademais, a demora no pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal provoca inúmeros outros prejuízos, igualmente “escondidos” com a criação de “remendos”, como a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão do controle de constitucionalidade (*ex nunc* e *ex tunc*), levando a doutrina a dedicar-se intensivamente em busca de uma solução jurídica para o caso.

Por óbvio, se o controle de constitucionalidade fosse devidamente realizado, não haveria que se falar modulação de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, nem mesmo existiria a quantidade de recursos extraordinários direcionados à Corte Maior do país.

### **2.3. O Controle Prévio no STFe o Modelo Francês Tradicional**

Não obstante a demonstração da necessidade de se implantar no direito brasileiro um instituto jurídico que permita a imediata provocação do Poder Judiciário, por qualquer jurisdicionado, quando em “jogo” uma ofensa a um direito fundamental, deve-se pensar ainda na implementação do chamado Controle de Constitucionalidade Prévio, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como existe na França e em Portugal.

---

<sup>44</sup> RE 226.855, Min. Moreira Alves: "Este julgamento (.....) demonstra quão útil seria para o país que houvesse um incidente de inconstitucionalidade originário perante esta Corte (...) para que ela, cortando, com sua manifestação, o mal pela raiz, não ficasse (.....) à espera de que a ela chegassem os recursos extraordinários em número impressionante (.....) para que pudesse pronunciar-se a respeito." – pág . 2 do Voto, fls. 880 dos autos, grifos acrescidos. Leia mais: <http://jus.com.br/revista/texto/1971/efeitos-erga-omnes-de-decisoes-do-stf#ixzz20XD97UL5>.

Como se expõe em continuidade, para que a nova figura seja viável em nosso sistema, é premente a modificação estrutural do sistema. Admitida a hipótese, não se deve mais pensar o Supremo Tribunal Federal como verdadeira Corte Suprema, dentro da estrutura do Poder Judiciário, mas também e principalmente pela adesão a institutos relacionados diretamente ao controle concentrado em nosso país, exercido por uma Corte Constitucional propriamente dita.

Seria extremamente interessante que o Supremo Tribunal Federal pudesse, após a promulgação da Lei pelo Parlamento, verificar, desde que provocado, a constitucionalidade do ato normativo, impedindo assim o ingresso no mundo jurídico de uma Lei ou ato normativo que seja inconstitucional. Tal medida afastaria a chamada Ação Direta de Constitucionalidade, que não teria mais razão de existir.

A sociedade estaria bastante satisfeita e mais segura juridicamente e os juízes e tribunais aplicariam o direito, em sua plenitude, cientes da posição a ser tomada.

Na França, tal controle é da natureza do sistema, sendo exercido pela Corte Constitucional (Conselho Constitucional – *Conseil Constitutionnel*), reservadas as peculiaridades daquele país.

O Controle prévio é encontrado na Constituição Francesa no art. 61 e consiste na possibilidade de manifestação da Corte, desde que provocada, logo em seguida á promulgação da Lei ou ato normativo, como se explicitou.<sup>45</sup>

Ao adotar um instituto que permita ao jurisdicionado provocar o Supremo Tribunal Federal, quando verificada ameaça ou lesão a direito fundamental em decorrência da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo e a concomitante

---

<sup>45</sup> [La Constitution, du 4 octobre, 1958:](#)

**ARTICLE 61.**

*Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.*

*Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.*

*Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation*

criação do chamado controle prévio de constitucionalidade a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal seria possível resolver inúmeros problemas que atormentam a referida Corte nos dias atuais, tais como:

- a) Democratização e Efetivação do Acesso à Justiça;
- b) Proteção Imediata contra a ofensa aos Direitos Fundamentais;
- c) Diminuição de grande número de recursos extraordinários, especialmente pelo fato de que muitos estão fundamentados em ofensas a direito fundamental;
- d) Redução de recursos questionadores de questões relacionadas aos direitos fundamentais;
- e) Ineficácia da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ao menos quanto às normas que viessem a ser questionadas e criadas após a adoção do controle judicial prévio de constitucionalidade;
- f) Maior segurança jurídica á população, quanto às manifestações do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de constitucionalidade exercido e seu posicionamento final.
- g) Uniformização imediata de entendimento da matéria levada à análise do STF e referente ao controle de constitucionalidade dos atos ofensivos aos direitos fundamentais.
- h) Redução da necessidade da modulação dos efeitos temporais das decisões referentes ao controle de constitucionalidade.
- i) Diminuição do número de ADI – Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

O direito português também constitui exemplo de país que adotou o chamado controle prévio judicial de constitucionalidade, como nos ensina J.J. Canotilho, o que chamou de fiscalização preventiva da constitucionalidade, embora naquele país o controle seja limitado a algumas normas especificadas pela Constituição Portuguesa.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Edição (8. Reimpressão). Editora Almedina, págs. 1026 e 1027.

É fato é que o Controle Judicial Prévio é necessidade para o atual sistema de controle de constitucionalidade, que mesclou diversos institutos de controle, oriundos de diferentes sistemas transformando-se em sistema misto, que, carece de constante modificação, visando a estabelecer efetividade da Suprema Corte.

Não há como ignorar que, se cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, tal atribuição não lhe deve ser imposta somente quando a ofensa já atingiu o ordenamento jurídico. Em outra direção, é impedindo o ingresso de norma jurídica inválida no sistema que propiciará maior segurança nas relações jurídicas.

Por exemplo, não resta a menor dúvida de que é melhor impedir que ingresse na ordem jurídica do país, devido a sua inconstitucionalidade, um tributo criado no afã da arrecadação, do que se permitir vigorar durante algum tempo e depois, por questões “políticas”, se tenha que considerá-lo inconstitucional, aplicando os necessários efeitos não retroativos á decisão, em total descompasso com os princípios básicos do direito.

Na mesma linha de pensamento, não há que se falar em preponderância de um Poder sobre outro, ao se permitir uma análise da constitucionalidade da norma antes da entrada desta em vigor no ordenamento jurídico. O que se constata efetivamente é um Poder, cuja atribuição lhe foi designada constitucionalmente (no caso do Brasil, entendido como parte do sistema judiciário) exercendo “seu papel”, após o outro Poder (Legislativo) já ter esgotado a sua atribuição. O Poder Legislativo continuará a exercer livremente sua atribuição constitucional, desde que o faça observando os preceitos constitucionais.

Impedir o ingresso no ordenamento jurídico de norma eivada de inconstitucionalidade é dever do Poder Judiciário, a quem foi designada a guarda da Constituição. Esperar a provocação, somente quando a norma já começou a produzir efeitos e danos aos cidadãos é medida tão perigosa como a polícia agir somente em casos já consumados, sem política de prevenção.

Como guardião da Constituição o Supremo Tribunal Federal tem o dever de agir preventivamente, caso verificada inconstitucionalidade na norma aprovada e editada pelo Poder Legislativo (e também pelo Poder Executivo nas hipóteses em que se permite o controle).

Com a devida vênia do Poder Constituinte Originário e até mesmo do Constituinte Derivado, a previsão de controle posterior tão somente abre espaço à criação de normas inconstitucionais, não havendo efetiva preocupação com a coerente legislação. Agir de maneira diferente é admitir que parlamentares e outros atores sociais com poder legiferante tivessem “carta branca” da Constituição Federal para editar normas, ainda que contrárias à Constituição. Não seria apenas uma Comissão de Constituição e Justiça suficiente, no nosso atual modelo, a fazer um “controle prévio”.

Renegando subterfúgios, não se pode mais tentar fugir da realidade. O país precisa de um sistema que garanta ao cidadão o respeito à Constituição Federal e não venha a “ser enganado” com leis “com prazo de validade”.

## **2.4. Propostas para o STF**

### **2.4.1. A Especialização no STF –**

Prosseguindo no intuito de sugerir reformulação do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, na presente seção, aborda-se a competência e atribuição da Suprema Corte, especialmente quanto a se evitar o volume de processos na Suprema Corte.

Em primeiro lugar, ter-se-ia que criar na estrutura do Supremo Tribunal Federal uma Turma que viesse a exercer o controle de constitucionalidade provocado incidentalmente por jurisdicionado e supostamente ofensivo a um direito fundamental, após a análise prévia da admissibilidade, ao passo que outra Turma ficaria com a competência de analisar a constitucionalidade das demais matérias, e outra deveria efetuar o controle prévio judicial e continuar a analisando as demais ações que chegam ao Supremo Tribunal Federal.

Esta proposta de distribuição de competências entre as Turmas, tomando como exemplo o critério da antiguidade, é apenas uma proposta, sem prejuízo de se estudar se as competências aqui referidas deveriam ser mantidas ao Plenário do Tribunal.

Sem sombra de dúvidas, para que ocorra efetivo controle de constitucionalidade judicial prévio e posterior, haveria a necessidade de se modificar a estrutura do Supremo Tribunal Federal, que continuaria sendo o “guardião da Constituição”, e com muito mais poderes do que aqueles conferidos nos dias atuais.

Com esta proposta, o Supremo Tribunal Federal passaria a exercer o Controle de Constitucionalidade Prévio Judicial e exercer a proteção da Constituição Federal nas diversas modalidades propostas, além daquelas de que cuida na atualidade.

No fundamento da proposição, está a premissa de que não há mais espaço para a desconfiança do Poder Judiciário, nem tão pouco deixar que este continue a se abster de exercer o controle de constitucionalidade judicial prévio, sob a alegação de que o sistema somente prevê o controle judicial posterior (efetivamente não há controle judicial prévio, ao se permitir a impetração de Mandado de Segurança de parlamentar questionando sua participação em processo legislativo lesivo à Constituição Federal)<sup>47</sup>

Tendo o Brasil adotado as duas formas de controle de constitucionalidade (concentrado e difuso, em consonância com a natureza do órgão que exerce o controle), nada mais oportuno do que se avançar e permitir evolução

---

<sup>47</sup> Tal possibilidade se refere tão somente a participação de parlamentar em processo que não se está seguindo o processo legislativo constitucionalmente previsto, ou seja, com relação a tramitação (formalidade) do projeto de lei, não tendo correspondência direta com a inconstitucionalidade da norma, ainda que posteriormente ao Supremo Tribunal Federal seja concedido o poder de analisar a constitucionalidade material e formal do ato.

Nesse sentido:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. - O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. II. - Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case), RTJ 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.303-AgR/DF, Ministro Octavio Gallotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 12.09.2003. III. - Inocorrência, no caso, de ofensa ao processo legislativo, C.F., art. 60, § 2º, por isso que, no texto aprovado em 1º turno, houve, simplesmente, pela Comissão Especial, correção da redação aprovada, com a supressão da expressão "se inferior", expressão dispensável, dada a impossibilidade de a remuneração dos Prefeitos ser superior à dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. IV. - Mandado de Segurança indeferido. (MS 24642, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2004, DJ 18-06-2004 PP-00045 EMENT VOL-02156-02 PP-00211)”

desse sistema misto, passando o Supremo Tribunal federal a ser tratado como verdadeira Corte Constitucional e Suprema Corte.

Assim procedendo, particularmente no que se trata do efetivo exercício do controle prévio, revigora-se a evolução do sistema de controle de constitucionalidade pátrio, fortalecendo ao jurisdicionado a prerrogativa de ser verdadeiro legitimado na proteção de seu direito fundamental supostamente violado, ao mesmo tempo em que se propicia maior segurança jurídica aos jurisdicionados e a toda população acerca da constitucionalidade de norma que poderá vigorar no ordenamento jurídico.

A possibilidade de controle prévio, com a segurança jurídica decorrente, propiciaria avanços ao sistema de controle de constitucionalidade no país, e principalmente, na disciplina das relações jurídicas.

Para que ocorra verdadeiro controle de constitucionalidade, é necessário também que se entenda como urgente uma reformulação da Corte Suprema, sob pena de se continuar “marcando passo” e expondo um “pseudo controle” aos jurisdicionados e á população.

Quem advoga, ou teve a oportunidade de trabalhar nos corredores do Supremo Tribunal Federal, sabe que muitas “decisões” são emanadas (ainda que assinadas “eletronicamente”) de assessores dos Ministros. Precisa ser criado um sistema que permita ao cidadão chegar ao Supremo Tribunal Federal e ter sua questão analisada pela Corte e pelos Ministros do Tribunal. Basta uma análise da quantidade de processos que chegam ao STF para se ter a exata noção de que é humanamente impossível que apenas onze Ministros julguem todos, ainda que seja para negar seguimento, como de costume.

Não há mais espaço no sistema processual para meras alegações de “matéria de fato” - aplicação do enunciado n. 282, do STF -, “ofensa indireta da Constituição”, não cumprimento das centenas de exigências formais, e etc. A sociedade exige e tem o direito constitucional de acesso à Suprema Corte, ao menos, facilitado.

Não há como ignorar que nosso sistema de controle de constitucionalidade é diferente e especial e é exatamente por isso que se deve buscar o aprimoramento.

Quando da definição do objeto de estudo para esta Dissertação de Mestrado, enfrentou-se o temor da resistência de estabelecer comparação com o direito francês, vez que os sistemas são diferentes, as populações dos países possuem histórias diferentes e possuem entendimentos diversos com relação à atuação do Poder Judiciário.

No entanto, o foco da investigação não é o controle de constitucionalidade francês em si, mas a clara possibilidade de avanço do sistema de controle de constitucionalidade, com a finalidade de instigar propostas de aprimoramento no sistema, brasileiro, suprimindo lacunas.

Precisa-se, de início, reconhecer a necessidade de mudança no sistema vigente, para que depois trilhar o caminho da mudança.

O Brasil possui extensão territorial e ampla diversidade cultural, o que requer um Judiciário forte, capaz de atender às demandas da cidadania, em obediência aos comandos constitucionais. Se todo o brasileiro e cidadão que esteja em território nacional tem o dever de obedecer e respeitar o que consta da Constituição de 1988, também terá o direito de fazer valer o que nela está escrito, podendo buscar a análise da conformidade do ato que impugna com a Carta Magna.

Por óbvio, não seria todo e qualquer questionamento que chegaria ao Supremo Tribunal Federal; somente aqueles que, após submetidos à devida análise, estivessem aptos a tanto.

#### **2. 4. 2. A Escolha dos Ministros do STF**

O Brasil é conhecido como o país detentor de uma das Constituições mais democráticas (a de 1988) do mundo. Todavia, em paralelo ao vanguardismo quanto à efetiva proteção e garantia dos principais direitos dos cidadãos, o texto da Lei Maior merece reflexões.

Um dos aspectos dignos de atenção é a possibilidade de prevalência de um Poder sobre os demais, fazendo com que o sistema pensado pelo Constituinte Originário seja desrespeitado. Nesse sentido, merece atenção a estratégia de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, previsto no texto constitucional (art. 103, da CRFB/88).

Enfrentando diretamente o tema, cumpre sublinhar que o Legislador Constituinte Originário utilizou-se do chamado “regime de freio e contrapesos”, onde a distribuição de função dos poderes não ocorre por meio de uma separação e atribuição absoluta, possibilitando que cada um dos poderes existentes adentre na atribuição do outro, sem, contudo, tratar-se de invasão de competência (ou, para alguns, atribuição).

O modelo adotado pelo Brasil confere ampla discricionariedade ao chefe do Poder Executivo para a escolha do Ministro do Supremo Tribunal Federal, bastando o preenchimento dos requisitos “subjetivos” previstos no texto constitucional, quais sejam:<sup>48</sup>

- a) Notável saber jurídico;
- b) Reputação ilibada;

O Ministro escolhido passa, em seguida, ao “controle do Poder Legislativo” mediante sabatina perante a Comissão de Constituição e Justiça.

Vale lembrar que, no Brasil, devido ao processo político partidário em vigor, existe a possibilidade de partidos políticos que se articulam no bloco da chamada situação (pró-governo) obterem a maioria no Congresso Nacional, e ainda, na própria Comissão responsável pela sabatina, o que, em tese, poderia gerar falta do devido rigor, na avaliação e aprovação do candidato<sup>49</sup> escolhido pelo Presidente.

---

<sup>48</sup> Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

<sup>49</sup> A palavra “candidato” está empregada em sentido figurado, uma vez que não existe uma eleição, nem mesmo qualquer tipo de lista apta a permitir a escolha do Presidente da República. Esta sim, é a proposta do artigo, como opção ao sistema atual.

Admitindo-se limitações de ordem prática na avaliação do indicado, a escolha do Presidente pode transformar-se em resultado de escolha pessoal, discricionária, sem verificação objetiva dos requisitos previstos na Constituição para preenchimento da importante função de ministro do STF.

Diante desse evidente risco de distorção, cumpre aprofundar a reflexão sobre o tema, não para retirar o poder de escolha do Chefe do Poder Executivo, mas para garantir que os critérios consagrados constitucionalmente sejam devidamente respeitados, sem qualquer subterfúgio. Não se trata de impossibilidade de ver a vontade do povo representada na escolha, mas de efetiva confusão de Poderes. O sistema precisa mudar, ao menos para que se reverta o monopólio de escolha na esfera do Chefe de um Poder, com o risco de que prevaleça o interesse político (administrativo ou eleitoral) do governante sobre os demais Poderes, sem possibilidade de questionamento democrático de suas diretrizes e decisões eventualmente levadas a exame do Supremo Tribunal.

Na França<sup>50</sup>, como exemplo, o Conselho Constitucional é composto por nove membros efetivos, três nomeados pelo Presidente, três pelo Presidente do Senado e três pelo Presidente da Assembleia Nacional. O Presidente também tem a prerrogativa de indicar o Presidente do Conselho.

Consideradas as peculiaridades do sistema e da cultura francesa, não se pode negar que, mesmo num país em que o Poder Judiciário ainda enfrenta reservas em termos de aprovação popular, tenha um processo de escolha mais democrático do que o brasileiro.

No sistema brasileiro, o problema se agrava, quando se tem em mente a possibilidade de re-eleição do Chefe do Poder Executivo, o que corresponde a 8 (oito) anos ininterruptos de escolha, caso se verifique neste período, a vacância de alguma “cadeira”.

---

<sup>50</sup> O Conselho Constitucional, foi criado pela Constituição da V Republica, em 1958 .O mandato é de nove anos. Hoje em dia, esta nomeação passa pelo crivo da casa respectiva, e os nomeados pelo Presidente, pelas duas casas legislativas. Os ex-presidentes possuem assento no Conselho. São considerados membros de direito. Nenhuma qualificação ou idade é requisito para o ingresso no Conselho. Na Europa, há uma tendência de se nomear professores e grandes doutrinadores. (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membres-du-conseil/liste-des-membres/liste-des-membres-du-conseil-constitutionnel.319.html>)

Eugenio Raúl Zaffaroni, em trabalho<sup>51</sup> traduzido pelo Juarez Tavares, destaca trecho de obra de Montesquieu, nos seguintes termos:

*“Os parágrafos de Montesquieu, que são sempre citados e que a nosso juízo nada mais são do que corolário da premissa anterior, são os seguintes: “A liberdade política de um cidadão é a liberdade de espírito que provém da confiança de que cada um tem na sua segurança; para que esta liberdade exista é necessário um governo de tal ordem que nenhum cidadão possa temer o outro. Quando o poder executivo e o poder legislativo se reúnem na mesma pessoa, não há liberdade; falta a confiança porque se pode temer que o monarca ou o Senado façam leis tirânicas e as executem eles mesmos tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não estiver bem deslindado do poder legislativo e do poder executivo. Se não estiver bem separado do poder legislativo se poderá dispor arbitrariamente da liberdade e da vida dos cidadãos; como que o juiz fosse legislador. Se não estiver separado do poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo se tornaria perdido se o homem, a mesma corporação de próceres, a mesma assembleia do povo exercesse os três poderes: o ditar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os delitos ou pleitos entre particulares.”*

O alerta do pensador argentino reforça a ideia de que não se pode permitir o exercício do poder por um só Poder, ainda que maculado no processo de escolha.

A Constituição pátria define a competência do STF e a sua atribuição de guardião da Constituição, estabelecendo o critério de escolha de seus membros, em obediência á “Separação de Poderes” e com base no “instituto” de “freios e contrapesos”.

Ao prever (art. 103, da CRFB/88), que o nome do Ministro será, ou deverá ser indicado pelo Presidente da República, desde que aprovado pelo Senado Federal, procurou o Constituinte Originário, dar legitimidade ao processo de escolha.

Muito já se discutiu sobre o assunto, todavia, parece não haver argumento robusto a afastar a necessidade de participação popular no processo de escolha do Ministro do STF. Este raciocínio se estende aos demais casos em que se atribui ao Presidente da República, a escolha dos membros dos Tribunais Superiores, ainda que limitada por uma lista apresentada pelo Poder Judiciário. No caso, o Chefe do Poder Executivo não só exerce o seu “poder de escolha”, como também abre

---

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

processo eleitoral e disputa entre os envolvidos, que poderia levar à “escolha por interesse”. No intento de aprofundar a compreensão do problema, vale refletir cuidadosamente sobre a seguinte questão: Quais os critérios seguidos pelo Presidente na indicação? Não haveria subjetividade nesse processo de indicação? Não seria humano admitir a interferência de afinidade ideológica, político partidária ou de outra natureza na indicação do ministro?

Quem melhor estaria apto a exercer a escolha acima referida: o próprio Poder Judiciário, na pessoa de seus integrantes, ou aquele, que muito embora seja Chefe do Poder Executivo, não raro, é parte em processo judicial (atualmente, a União encontra-se como uma das mais demandadas na Justiça Brasileira).

Vale ressaltar que, neste ponto, o Constituinte Originário protegeu a carreira e o Poder Judiciário de interferências políticas e ditatoriais dos que pudessem a vir do Chefe do Poder Executivo, especialmente prevendo que aquele que permanecesse em uma lista por merecimento, por três vezes consecutivas, ou três vezes alternadas, deveria ser nomeado (art. 93, II, a e III, da CRFB/88).

Isto se deve, justamente com base na suposição de que, se o Poder Judiciário indicou uma mesma pessoa, três vezes consecutivas, ou cinco alternadas, pelo critério de merecimento, o Chefe do Poder Executivo tem o dever de fazer a nomeação pretendida pelo Judiciário. Não se poderia admitir, nesse caso, ao Chefe do Poder Executivo decidir em sentido oposto ao comando do texto constitucional, ou das competências do próprio Poder Judiciário. Se o Tribunal, por três vezes consecutivas, ou cinco alternadas, indicou o nome de um magistrado, este mesmo Poder Judiciário, estava ciente da previsão do texto constitucional, o que resulta em manifestação clara de escolha, que no caso, se estende ao Poder Judiciário. Tal previsão confere força e legitimidade ao ingresso ao cargo, sem a interferência de natureza político-administrativa ou ideológica, que a escolha discricionária pudesse vir a sofrer.

Diante do quadro exposto, não raro, questiona-se legitimidade do STF para interpretar as leis como guardião da Constituição. À margem dos debates doutrinários sobre constitucionalismo, pós-constitucionalismo, neoconstitucionalismo, tentando buscar uma fórmula de “bloquear” o Supremo Tribunal Federal, NE

igualmente relevante a análise de constitucionalidade da lei frente à Constituição, especialmente no que se refere à interpretação das normas.

Numa vertente tradicional de análise, o Magistrado deveria ser o aplicador a lei, conforme escrita, sem a possibilidade de se dar qualquer tipo de interpretação. Em continuidade, parte significativa da doutrina confere primazia aos “princípios” consagrados constitucionalmente, sob o pressuposto de que o magistrado precisa dedicar-se à efetividade do Direito e da garantia constitucional.

O problema não está em permitir uma interpretação ampla, uma aplicação ou não de determinados princípios, mas de concretização de valores emanados da vontade popular, traduzida na Constituição da República.

Percebe-se, no cenário atual, a possibilidade de se estabelecerem mais amplos critérios e parâmetros de decisão, introduzindo alguns que ainda não constam do texto atual, mas que, por necessidade contemporânea, exigem avanços e atualização ao contexto.

Considerada a necessidade de a sociedade acompanhar o atendimento a suas demandas e expectativas, parece pertinente trazer à discussão a possibilidade de se propiciar maior legitimidade às decisões do STF, não pela forma de interpretação, ou limites jurídicos de suas decisões, mas com relação, e iniciando, pelo processo de escolha de seus membros.

O Ministro do STF, não é apenas um Ministro de um Ministério Governamental qualquer, atrelado ao Poder Executivo. Cumpre-lhe a magna função de zelar pela concretização dos valores e princípios estabelecidos na Constituição, sem que se submeta a qualquer possibilidade de interferência política em suas decisões.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> A Teoria procedimental do controle da constitucionalidade armada por Ely é certamente uma das operações mais engenhosas voltadas a compatibilizar o poder dos tribunais com as exigências do regime democrático. Hoje não é mais possível pensar o exercício desse poder pelos tribunais, sem pensa-los a partir da recolocação do problema feita por Ely. Afinal qual a função dos tribunais ? Até onde podem ir ? Quando se analisa uma questão do poder de controle de constitucionalidade das emendas, as formulações de Ely se tornam ainda mais importantes. Possibilitam, por exemplo, a existência de um sistema de controle do poder constituinte reformador, sem porém estabelecer um governo de guardiões platônicos que substituam a vontade dos representantes do povo pelas próprias. – Vieira Vilhena, Oscar – Lua Nova 42/97

Ronald Dworkin<sup>53</sup> sublinha que o candidato á presidência dos Estados Unidos da América, ainda nesta qualidade, prometeu que nomearia para a Suprema Corte homens que representassem sua própria filosofia jurídica, ou seja, aqueles que fossem o que ele próprio chamou de “construcionistas estritos” (aqueles que são favoráveis a uma interpretação rígida da lei, recusando-se a ampliar o significado e a esfera de aplicação).

Essa concepção é justamente a que se precisa evitar, para que a sociedade não se torne refém de decisões da política pública, que, no Brasil, infelizmente, nem sempre é compatível com as necessidades prioritárias do cidadão, nem coerentes com os compromissos estabelecidos na Lei Maior.

Ainda que não opte por um sistema em que haja a participação da população no processo de escolha do Ministro do Supremo Tribunal Federal, especialmente pelas críticas que poderiam advir, considerada a suposta e alegada “imaturidade” da população em aferir capacidade técnica dos Ministros, deve-se, ao menos, pensar em um sistema, que garanta maior segurança aos cidadãos.

No entanto, se pensar que a decisão do STF, como guardião da Constituição, deva ser técnica, possuindo lógica jurídica em suas manifestações, deve-se pensar em afastar a população do processo de escolha, e criar-se mecanismo que garanta a justiça das decisões, e principalmente que sobrepuje o sistema atual, de escolha quase impositiva pelo Chefe do Poder Executivo.

Estaria o STF atuando na defesa do texto constitucional, conforme deveria, ou sua interpretação tende a ser orientada por outros parâmetros e critérios?

O STF poderia sim, ao argumento de estar protegendo a Constituição, proferir decisão contrária inclusive ao texto expresso da própria Constituição. Ocorre que, ao contrário do que se poderia pensar, o papel do STF é o de guardião da Constituição, não, e nunca, uma Corte apta a distorcer o texto, para ao argumento de estar fazendo justiça, exercer o papel de legislador e seguir em detrimento da Carta Maior.

---

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Néelson Boeira. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2010, págs. 205 e 206.

O poder emana do povo, que o exerce por seus representantes. Ocorre que, na maioria das vezes, este representante (legislador) extrapola a sua atuação, e cabe ao STF verificar esta exceção legislativa, sempre com vigoroso respaldo no texto constitucional.

Ao agir politicamente criando normas, dando interpretações distorcidas do texto, o STF não somente afasta-se da função de guardião do texto constitucional, mas como também ofende a própria Constituição.

Nitidamente, tem-se hoje, um STF composto por pessoas nomeadas pelo Presidente da República, e fiscalizado pela opinião pública. Ao permitir o acompanhamento direto e em tempo real dos julgamentos do STF pela população, ao mesmo tempo em que se leva a efeito estratégia de transparência, há o risco de influência da pressão popular no julgamento da Corte.

#### **2.4.3. A Súmula Vinculante e a Democracia no Processo Decisional**

Sob outro enfoque, o processo de escolha do Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Chefe do Poder Executivo pode refletir-se na elaboração das chamadas Súmulas Vinculantes.

A Súmula Vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional de n. 45, de 30 de dezembro de 2004, conforme se explicita com a transmissão do teor do “ artigo 103-A da [Constituição Brasileira](#),:

*O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

A medida se justificou pelo intento de impedir a tramitação de processos cujos interesses fossem idênticos, propiciando a adoção de entendimento pacificado no âmbito do Poder Judiciário, com repercussão externa.

Não obstante a boa intenção subjacente à justificativa, a possibilidade de edição de enunciados com força de lei possibilita maior ingerência (embora indireta) do Chefe do Poder Executivo na efetividade do direito.

Como é cediço, a Súmula Vinculante fundamenta-se na proposta de propiciar segurança jurídica aos jurisdicionados. Porém, no atual sistema, a tendência é a edição de enunciados, com força de lei, os quais, além de obrigatória aplicação, podem acarretar consequências graves e administrativas àqueles que não a observarem.

Percebe-se com isso, que o problema é muito maior do que possa parecer e envolve questões complexas, especialmente, por conta das consequências do sistema de escolha.

Pelas reformas processuais empreendidas até a presente data (Repercussão Geral e a própria sumula vinculante), bem como as previstas, especialmente a chamada PEC dos Recursos, percebe-se clara tendência à necessidade de especialização do STF, visando a resguardar seu funcionamento tão somente aos casos de grande relevância e ofensa constitucional.

Muito se discute se tal mudança seria constitucional ou não, visto que a Carta Magna, por ser ampla e abrangente, permitiria sempre a análise de seu guardião. Não obstante a validade dessa premissa, o STF poderia dispor de turmas especializadas para tratar dos chamados recursos extraordinários, em paralelo a uma Corte Constitucional, responsável pelos casos de maior repercussão e abrangência.

Nesse passo, poder-se-ia pensar na criação de Tribunais Especializados, ou em turmas especializadas para tratar das matérias específicas, cabendo sempre à Corte Constitucional a análise dos demais casos.

Nesse sentido, já se manifestou Lenio Luiz Streck<sup>54</sup>:

*“A criação de tribunais administrativos, com a competência para julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto litígios derivados das relações administrativas e fiscais, coma previsão*

---

<sup>54</sup> STRECK, Lenio. As Súmulas Vinculantes em face da Hermenêutica Filosófica e da Jurisdição Constitucional. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (org.). *Acesso à Justiça Efetividade do Processo*. Editora Lumen Juris, 2005.

*de um Tribunal Administrativo Superior (sem prejuízo da competência própria do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Constitucional que venha a ser criado), a exemplo do que ocorre em países como França”*

Por seu turno, Rogério Nascimento<sup>55</sup> sublinha que:

*Limitar o debate constitucional ao Supremo Tribunal Federal, mesmo que se pudesse considerar que as regras de investidura da nossa corte maior são as ideais é afastar o povo dessa discussão, portanto, significaria abdicar das vantagens de difundir uma cultura constitucional.*

Especializar, sem sombra de dúvida, permitiria melhor análise ou julgamento da matéria em questão. Por razão de coerência, tal especialização poderia servir como critério de seleção e ingresso dos ministros, ressalvada a atribuição dos casos mais relevantes.

#### **2.4.4 - Reflexões sobre a Repercussão Geral**

Não obstante mereça realce a possibilidade de provocação imediata do Supremo Tribunal Federal, quando verificado ato que atente contra os direitos fundamentais, entendidos, em princípio, como aqueles que guardem relação direta com norma de aplicação geral, é pertinente lembrar que, enquanto não implementadas as modificações propostas no sistema atual de controle de constitucionalidade, a Repercussão Geral implica consequências graves ao sistema de controle jurisdicional.

Sem levar em consideração qualquer discussão acerca da natureza do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal, seja político, seja judicial, quando uma demanda chega ao STF, como exemplo, por um Recurso Extraordinário, não há como negar que, via de regra, a mesma teve início em um litígio, que embora solucionado pelas instâncias ordinárias, na concepção de uma das partes (ou de todas), não alcançou a solução almejada.

Deriva daí a necessidade de se buscar o guardião da Constituição, no caso do STF, e do guardião das leis infraconstitucionais, no caso do Superior Tribunal de Justiça.

---

<sup>55</sup> NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Aspectos Processuais da Súmula Vinculante: Reflexos na Efetividade da Defesa dos Direitos Fundamentais. In: In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (org.). *Acesso á Justiça Efetividade do Processo*. Editora Lumen Juris, 2005.

Ao chegar ao Supremo Tribunal Federal, o cidadão, na condição específica de jurisdicionado, fundamenta seu pedido na violação de alguma norma constitucional. E, para que o cidadão chegue ao STF, é preciso que, ao menos, algum magistrado tenha se manifestado sobre o assunto levado à apreciação da Corte.

Verifica-se, pois, que, em havendo interpretação do texto constitucional por uma instância, ou Tribunal que, segundo a própria Constituição menciona “não ter a última palavra com relação á constitucionalidade de uma norma”, é incoerente exigir que o jurisdicionado seja compelido a demonstrar que a demanda posta em Juízo tenha repercussão na esfera jurídica de uma coletividade.

A exigência parece descabida, pois o jurisdicionado não formula qualquer consulta ao Supremo Tribunal Federal; ele recorre ao Supremo Tribunal Federal, com base no argumento de violação de norma de proteção constitucional, ainda que seja na instância inferior. Parece, então inadmissível que, na falta de demonstração de repercussão geral, ele seja forçado a “passar o resto de sua vida” convivendo com decisão, que segundo o seu entendimento, tenha violado uma norma constitucional.

Como exposto, quando se tratou da imediata provocação da Corte Suprema, quando da manifestação favorável ao controle incidental imediato, a possibilidade de provocar o Supremo Tribunal Federal decorre do direito de ação. Portanto, qualquer obstáculo não coerente com o princípio da razoabilidade fere o direito de acesso á justiça.

Se a Constituição garante determinado direito, o qual, por sua relevancia, foi consagrado pela Lei Maior, a qual teve o cuidado de explicitar que cabe a determinado Tribunal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe proferir a palavra final, nada mais correto e razoável que se permita o acesso a este Tribunal, ao menos para que o jurisdicionado possa, ao final, dizer que “fez tudo o que estava a seu alcance”.

Nessa linha de pensamento, o elevado quantitativo de processos e recursos não pode servir como argumento para impedir o ingresso do jurisdicionado no STF. Como ressaltado, não subsiste espaço para uma Corte, detentora das magnas atribuições e competências conferidas ao Supremo Tribunal Federal, composta apenas com onze Ministros.

Para avaliar a dimensão do problema, basta refletir sobre o quantitativo de processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal, o que evidencia a inviabilidade de apreciação dos mesmos: seria humanamente impossível exigir que todos os componentes da Corte lessem todos os processos...

Porém, ao criar a Repercussão Geral para fins de conhecimento do Recurso Extraordinário, limita-se o acesso, diminuindo o número de processos, o que, por consequência, deixa significativo contingente de jurisdicionados sem acesso a decisão justa, entendida não somente como aquela submetida ao crivo do mérito, mas também a que teve acesso ao julgamento do “guardião da Constituição”.

Por certo, não se pressupõe que os demais tribunais e juízes de outras instancias não estejam aptos a exercer o controle de constitucionalidade. Por óbvio, não somente pela atribuição do cargo, conhecimento e experiência, é forçoso imaginar que todos estejam aptos a exercer qualquer tipo de controle judicial, ou jurisdicional. Todavia, não se pode negar que a Constituição previu a existência de uma Corte, responsável pela guarda da Constituição, justamente quando ocorrer falha nas instâncias ordinárias.

Nessa senda, a repercussão geral fica ao alvedrio do julgador, sem que se disponha de critério objetivo de análise. Nesse contexto, alguns advogados mais “astutos” poderiam lançar mão de recursos para convencer a Corte, enquanto outros, com o claro direito violado ficariam ao “relento”.

A exigência da Repercussão Geral, quando da interposição do Recurso Extraordinário pode até reduzir o quantitativo de processos, mas implica consequências graves à sociedade, que precisa de um Judiciário seja responder com presteza a suas demandas.

Muito embora o presente trabalho seja especificamente direcionado ao Supremo Tribunal Federal, em se tratando de matéria comum e, para que melhor se entenda a repercussão geral no próprio Supremo Tribunal Federal, cumpre analisar proposta de mudança extensiva ao Superior Tribunal de Justiça, eis que se propõe instituto análogo ao da Repercussão Geral do STF.

Conforme a referida Proposta<sup>56</sup> caberá ao jurisdicionado demonstrar que a matéria da qual se recorre “*tem importância generalizada na interpretação e aplicação das leis federais*”. Na fonte supramencionada, informa-se que:

*Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 209/2012, que pretende alterar o artigo 105 da Constituição Federal, que trata da competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O texto condiciona a admissão do Recurso Especial (REsp) à demonstração da relevância das questões de direito federal infraconstitucional envolvidas no caso.*

*Pela proposta, um recurso só será analisado pela Corte Superior se ficar demonstrado que a questão discutida tem importância generalizada na interpretação e aplicação das leis federais. A PEC 209/2012 insere o parágrafo primeiro no artigo 105, trazendo essa exigência. Pelo texto, o recurso só poderá ser recusado segundo esse critério por decisão de dois terços dos membros do órgão competente para julgamento.*

*O requisito é equivalente ao adotado em 2007 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a chamada repercussão geral, necessária para que os recursos extraordinários sejam analisados. No STF, o filtro conseguiu reduzir drasticamente o volume de recursos. Foram distribuídos em 2007 quase 160 mil recursos. Em 2011, foram 38 mil.*

O presidente do STJ, ministro Ari Pargendler, avaliou essa iniciativa como oportuna, no intuito de desafogar o Tribunal, que *recebe e julga mais 300 mil processos por ano*. Em seu entendimento, trata-se de volume de trabalho que impede a rapidez e efetividade na prestação jurisdicional, desviando o STJ de sua função constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal. Conforme palavras textuais do eminente Ministro:

“Eu sou muito crítico em relação a esses números. Um tribunal superior que julga mais de 300 mil processos por ano não exerce a função para a qual foi criado, que é decidir questões relevantes de direito federal. O que se vê hoje é que o STJ se tornou uma verdadeira terceira instância, o que torna a Justiça lenta e desacreditada”,

---

<sup>56</sup>[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106795](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106795), acesso em nov 2012.

Na mesma linha de pensamento, assinalou-se que chegam ao STJ processos sobre temas corriqueiros, como aplicação de multas por infração de trânsito, cortes no fornecimento de energia, além de outros conflitos, repetidamente decididos pelo próprio tribunal. No mesmo passo, merecem reflexão processos comuns do cotidiano, como briga de vizinhos por espaço em garagem, assassinato de um papagaio por cachorros e até furto de cuecas usadas.

Segundo Pargendler<sup>57</sup>, o STJ precisa recuperar sua vocação e esse é o propósito da PEC 209/2012<sup>58</sup>, cujo anteprojeto foi aprovado pela Corte e previamente apoiado pelo ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo.

---

<sup>57</sup> [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106795](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106795), acesso em nov 2012.

<sup>58</sup> PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 209/2012.

*Inserir o § 1º ao art. 105, da Constituição Federal, e renumera o parágrafo único.*

*As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:*

*Art. 1º Inserir o § 1º ao art. 105, da Constituição Federal, renumerando o parágrafo único, da mesma norma constitucional, que passa a vigorar com a seguinte redação:*

*"Art. 105 .(...)*

*§ 1º No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.*

*§ 2º Funcionará junto ao Superior Tribunal de Justiça:*

**JUSTIFICAÇÃO**

*Nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgar, em sede de recurso especial, causas decididas, seja em única ou em última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando decisão recorrida contrarie tratado ou lei federal, ou negue-lhes vigência, julgando válido ato de governo local contestado em face de lei federal, ou quando dê a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.*

*No entanto, ao exercício dessa competência, soerguem-se problemas de congestionamento similares aos que suscitaram estabelecer, no âmbito dos recursos extraordinários (competência do Supremo Tribunal Federal), a introdução do requisito da repercussão geral à sua admissibilidade. Conforme se pôde depreender numericamente no caso da Excelsa Corte, quanto à distribuição processual, de 159.522 (cento e cinquenta e nove mil, quinhentos e vinte e dois) processos em 2007 (ano em que a Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, entrou em vigor, regulamentando infraconstitucionalmente o § 3º do art. 102, da Constituição Federal), reduziu-se para 38.109 (trinta e oito mil, cento e nove) processos em 2011.*

*Resta por necessária a adoção do mesmo requisito no tocante ao recurso especial, recurso esse de competência do STJ. A atribuição de requisito de admissibilidade ao recurso especial suscitará a apreciação de relevância da questão federal a ser decidida, ou seja, devendo-se demonstrar a repercussão geral, considerar-se-á a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Atualmente, vige um modelo de livre acesso, desde que atendidos os requisitos já explicitados como constantes do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal. De tal sorte, acotovelam-se no STJ diversas*

Como sabido, o Brasil possui característica peculiar, especialmente quando se toma em conta as dimensões continentais de seu território, o que se reflete pela existencia de tribunais, localizados nas mais diversas regiões e localidades. Nesse contexto, faz-se necessário um Tribunal que, além de uniformizar a legislação federal, exerça o controle da legislação infraconstitucional nas instâncias ordinárias, o que não se limita, por óbvio, à análise abstrata.

Por evidente, não se imagina a aplicação reiterada da chamada Súmula 07, por parte do STJ, que impede o conhecimento do recurso especial “por se tratar de matéria de fato”. Cumpre reconhecer a dificuldade de afastar o “direito” do caso concreto, pois parece que um não “vive sem o outro”, especialmente quando se cogita de sua aplicação apta à solução de um litígio. Em resumo, a aplicação de um enunciado da Súmula do STJ impede o acesso do jurisdicionado à Corte, no intuito de saber do “guardião da lei infraconstitucional” se o direito foi o melhor a ser aplicado considerada as circunstâncias do caso concreto.

Simple leitura dos acórdão emanados do STJ permite inferir que não existe a menor possibilidade de alienar o “direito” do caso concreto: sempre haverá uma fundamentação alicerçada no que “se passou nos autos”, os quais trazem ao Juízo a documentação dos fatos relacionados diretamente com a lide.

Admitida a inviabilidade de se afastar o “direito” do caso concreto, para permitir análise abstrata por parte da Corte Especial, pode-se entender que se trata de problema que obstrui o acesso ao STJ.

---

*questões de índole corriqueira, como multas por infração de trânsito, cortes no fornecimento de energia elétrica, de água, de telefone. Ademais, questões, inclusive já deveras e repetidamente enfrentadas pelo STJ, como correção monetária de contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) que, nos primeiros 16 (dezesesseis) anos de funcionamento do STJ, respondeu por cerca de 21,06% do total de processos distribuídos, um quantitativo de vultosos 330.083 (trezentos e trinta mil e oitenta e três) processos.*

*Desta forma, as alterações propostas serão de grande relevância ao bom funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que permitirá uma atuação mais célere e eficiente às muitas e importantes questões de direito federal que lhes são apresentadas.*

*Ante o exposto, esperamos contar com o apoio do nossos eminentes pares para aprovação da Proposta.*

*Sala das sessões, em de de 2012.*

**Deputada Rose de Freitas (PMDB/ES)**

**Deputado Luiz Pitiman (PMDB/DF)**

Sem sombra de dúvidas, não foi apenas o intento de obter a “uniformização da legislação federal” que norteou a criação do Superior Tribunal de Justiça, vez que a referida Corte exerce papel fundamental no controle jurisdicional, especialmente pelo fato de esse ser exercido por magistrados estranhos ao local da lide.

Embora se reconheça que os tribunais locais são aptos a prestar a melhor jurisdição, cumpre admitir igualmente que, em determinadas situações, faz-se necessário evitar que a demanda se encerre no local em que foi proposta. Por um lado, o melhor juiz seria aquele que estivesse “próximo das provas”, até pela maior facilidade de colheita (de provas); mas, por outro ângulo, o juiz que atua a quilômetros de distância poderia até proferir uma melhor decisão, e justamente pelo fato de não haver presenciado a colheita de provas.

O convencimento do magistrado acerca das provas produzidas no processo não se limita ao seu contato direto com as partes, o que, aliás, pode até acarretar riscos, considerada a natureza humana e seus consequentes preconceitos e pré-juízos. Resulta dessa premissa não ser apenas o juiz do local que melhor decidirá a causa, e que a análise dos autos por um magistrado de elevado saber jurídico e reputação ilibada não possa, eventualmente, servir como “correicional”.

Aprovar a Proposta apresentada e ampliar a chamada “repercussão geral” ao Superior Tribunal de Justiça pode ocasionar a inaceitável interferência dos anseios políticos locais em julgamentos. Ademais, pode-se supor que haveria redução drástica de processos, caso a possibilidade de ingresso ao STJ fosse facilitada e que uma decisão local pudesse ser efetivamente revista.

Não se trata de terceira instância, mas do controle efetivo da aplicação do direito infraconstitucional ao caso concreto, por outro magistrado atuante em outra instância.

A ampliação da repercussão geral para aplicação no STJ é ainda mais grave do que a criada no Supremo Tribunal Federal, pois, na maioria dos processos, o que ocorre é ofensa a direito infraconstitucional. Eis porque se considera temerária ao

ordenamento jurídico a aprovação da PEC 209, de 2012, ou qualquer outra que venha a impedir o acesso às Cortes Especiais. Cumpre sublinhar que o problema brasileiro não é o excesso de recursos que tramitam naquelas Cortes, mas a persistência de injustiça nas instâncias ordinárias.

É claro que a presente proposta de não se criarem obstáculos ao ingresso no STJ e no STF, por si, é insuficiente, principalmente quando se leva em conta as possibilidades de protelação da demanda. Seria necessária a aplicação imediata do direito vigente, propiciando efetividade a recursos protelatórios, bem como nas multas aplicadas, até mesmo pelas instâncias ordinárias. Por óbvio, não basta permitir o acesso, sem que ocorra controle do abuso.

### 3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA FRANÇA: SUBSÍDIOS AO BRASIL

No desenvolvimento deste capítulo, o intuito é derivar do estudo e da consulta às fontes prioritariamente emanadas do direito francês, alguns subsídios que podem servir para propostas para aprimorar a efetividade da atuação do STF como guardião da Constituição.

De pronto, toma-se como referencia notícia<sup>59</sup> veiculada pela imprensa nacional, mais especificamente pela imprensa especializada do Supremo Tribunal Federal,

---

<sup>59</sup> *Brasil e França intensificam cooperação judiciária: O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso, iniciou na segunda-feira (11) viagem oficial a Paris e Veneza. Na capital francesa, o ministro Peluso se encontrou com o presidente do Conselho Constitucional, Jean Louis Debre, com o vice-presidente do Conselho de Estado, Jean Marc Sauve, com o Secretário de Estado para a Justiça, Jean Marie Bockel, com a Ministra da Justiça, Michele Alliot-Marie, e com o diretor da Escola Nacional de Administração, Bernard Boucault. Entre as principais matérias a serem tratadas pelo ministro Peluso com seus interlocutores, está a experiência brasileira de controle da constitucionalidade, através de emenda aprovada em 2008 e que entrou em vigência plena em março passado, quando o país adotou um novo sistema de controle constitucional. O tema vem despertando grande interesse na França. Iniciando a programação oficial em Paris, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso, reuniu-se na última terça-feira (12) com o presidente do Conselho Constitucional da França, Jean Louis Debré. Na conversa, os dois presidentes procederam a uma análise comparativa do sistema de controle da constitucionalidade de cada país. Também fizeram uma avaliação dos regimentos internos de suas instituições e a forma de funcionamento de cada corte constitucional. Debré apresentou um resumo da evolução do direito constitucional de seu país, desde a criação, por Napoleão Bonaparte, do Conselho de Estado (com competência administrativa) e da Corte de Cassação (com jurisdição sobre matéria civil) até a instalação, já na Quinta República, do Conselho Constitucional. Observou que a França viveu nos últimos anos uma revolução constitucional silenciosa que tem passado despercebida pela opinião pública francesa. Destacou que pela reforma constitucional de 2008, que entrou plenamente em vigor em março passado, o Conselho Constitucional deixou de fazer apenas um controle constitucional abstrato e preventivo para passar a atuar como uma verdadeira justiça constitucional, com a competência de proceder a um controle constitucional concreto e a posteriori. Até a reforma, o Conselho Constitucional tinha somente a atribuição de proceder a um controle constitucional preventivo, atestando a constitucionalidade dos projetos aprovados pelo Parlamento. A emenda de 2008 estabeleceu a questão prioritária de constitucionalidade, pela qual os jurisdicionados podem, no curso de uma ação judicial, contestar a constitucionalidade de uma lei já em vigor. Neste caso, a ação é suspensa até que o incidente de inconstitucionalidade seja solucionado pelo Conselho Constitucional. Na nova sistemática, cabe ao Conselho de Estado, que já tinha a competência de julgar a constitucionalidade dos atos administrativos do Poder Executivo, avaliar a admissibilidade da questão prioritária antes que o tema seja elevado à apreciação do Conselho Constitucional. O presidente do Conselho Constitucional relatou as regras procedimentais adotadas na corte. Informou que os processos estão totalmente informatizados e que, em média, devem ser concluídos no prazo máximo de três meses. Afirmou que os advogados têm direito a uma defesa oral de, no máximo, 15 minutos. Declarou que as decisões do Conselho são tomadas por consenso em sessão fechada, em que cada magistrado tem direito a apresentar sua avaliação do caso por um período de cinco minutos. Acrescentou que não são admitidas declarações de voto vencido ou opiniões minoritárias. Na sua avaliação, é importante que o Conselho Constitucional apresente posições uniformes, que garantam a estabilidade jurídica para os agentes econômicos e*

informando que o até então Ministro Presidente da Suprema Corte Brasileira, se dizia impressionado com o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelos

---

*sociais. Debré afirmou que, na presidência do Conselho Constitucional, evita incorrer em dois enganos: reescrever as leis aprovadas pelo Parlamento, o que levaria ao que denominou de governo dos magistrados; e criar instabilidade jurídica a partir de decisões pouco claras e precisas, que gerariam expectativa de revisões frequentes das posições da corte constitucional. O ministro Peluso discorreu sobre o regimento interno do STF. Relatou a evolução do direito constitucional brasileiro desde o Império e detalhou as inovações introduzidas em matéria de controle da constitucionalidade pela Carta de 1988. O presidente Debré manifestou surpresa ao ser informado da exibição das audiências, inclusive dos votos dos ministros, pela TV Justiça. Em tom de brincadeira, comentou que o espírito francês não suportaria tanta transparência. Após o encontro, o ministro Peluso qualificou de muito interessante e proveitosa a troca de experiências com seu colega francês. Notou que um seminário internacional sobre as regras de funcionamento das cortes constitucionais poderia constituir exercício valoroso. Na sequência da programação oficial, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso, reuniu-se na quarta-feira (13) com o secretário de Estado para a Justiça, Jean-Marie Bockel, com a ministra da Justiça, Michele Alliot-Marie, e com o diretor da Escola Nacional de Administração (ENA), Bernard Boucault. No encontro com o presidente do STF, o secretário Jean-Marie Bockel anunciou a intenção do governo francês de aprofundar o intercâmbio com o Brasil no campo judiciário. Segundo ele, a França criará, a partir de dezembro, o posto de magistrado de ligação com o judiciário brasileiro. O juiz de ligação ficará permanentemente em Brasília, com escritório na Embaixada da França e no Ministério da Justiça brasileiro, para facilitar os contatos entre os sistemas judiciários dos dois países. Bockel explicou que a França já possui 15 magistrados de ligação sediados na Europa, na América do Norte, na África e na Ásia, ressaltando ser o Brasil o primeiro país latino-americano a receber um representante oficial do sistema judicial francês. O magistrado de ligação de Brasília, atualmente em processo de seleção, ficará responsável por toda a América do Sul. Na avaliação de Bockel, a criação do cargo de magistrado de ligação impulsionará a cooperação judiciária entre Brasília e Paris. O secretário também demonstrou otimismo em relação a uma missão do Ministério da Justiça brasileiro que deve visitar a França em dezembro. Reiterando a disposição de cooperar com o sistema judiciário francês, o ministro Peluso destacou a realização no Brasil do Segundo Congresso das Conferências Internacionais sobre Justiça Constitucional, evento a ser realizado no Rio de Janeiro e que reunirá representantes de cerca de 90 cortes constitucionais de todos os continentes. O presidente do STF também ressaltou os aspectos positivos dos encontros mantidos na capital francesa durante essa visita ao país e discorreu sobre as semelhanças e diferenças entre os sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro e francês. Depois, percorreu as instalações do Ministério, visitando o museu da instituição. Na reunião seguinte, o ministro Peluso convidou a ministra Michele Alliot-Marie a visitar o Brasil e o STF. Alliot-Marie, que já esteve no Brasil quando ocupava a pasta da Defesa e do Interior, disse que se sentiria honrada em voltar ao país como titular do Ministério da Justiça. Bockel e Alliot-Marie, que haviam acabado de participar da reunião de ministros com o presidente Nicolas Sarkozy para discutir a reforma da previdência francesa, ainda comentaram que o tema tem suscitado fortes debates no Parlamento e na opinião pública francesa. Já no encontro com o diretor da Escola Nacional de Administração (ENA), Bernard Boucault, o presidente do STF ouviu um relato a respeito da estrutura e das atividades da instituição. Demonstrando interesse no estabelecimento de algum tipo de cooperação com a entidade, o ministro Peluso também convidou seu diretor a visitar Brasília e o STF. Boucault aceitou prontamente o convite e considerou que a definição de um programa de cooperação pode envolver também o Conselho de Estado francês. O presidente do STF encerrou sua agenda oficial em Paris na quinta-feira (14) com um encontro de trabalho com o conselheiro Olivier Schrameck, seguido de almoço oferecido pelo vice-presidente do Conselho de Estado, Jean-Marc Sauvé. Entre os temas das conversações, devem ser destacados o novo sistema francês de controle da constitucionalidade (em que cabe ao Conselho de Estado avaliar os requisitos de admissibilidade dos recursos individuais de inconstitucionalidade a serem submetidos ao Conselho Constitucional), o Congresso do Rio de Janeiro e a cooperação entre os judiciários dos dois países.*

franceses, destacando ser de grande valia uma aproximação entre os dois países para o aprimoramento de ambos os sistemas.

### 3.2. Propostas ao STF

A proposta de reformulação do sistema de controle de constitucionalidade dá ao Supremo Tribunal Federal uma força ainda maior para dizer o que seria ou não compatível com a Constituição deve fazer-se acompanhar do cuidado com o risco de dotar a referida Corte de um poder tão grande.

Não se pode deixar olvidar que a sociedade está em plena evolução e, nesse contexto, alguns conceitos estabelecidos na Carta de 1988 precisam ser atualizados, ressalvada a questão dos direitos fundamentais. A vida, a liberdade, a saúde, dentre outros, serão sempre considerados como fundamentais, pois são inerentes ao homem, o que não ocorre com outros direitos estabelecidos na Constituição.

Tendo em vista a possibilidade de controle pelo Supremo Tribunal Federal e a proposta de ampliação de seus poderes, percebe-se que estes não poderão nunca ultrapassar a vontade popular, consagrada na Lei Maior. Como se sublinha a seguir<sup>60</sup>:

*“Os juízes do Tribunal Constitucional, ao desempenhar o seu mister de interpretar a Constituição, devem ser permeáveis aos valores políticos que correspondem aos ideais da razão pública, isto é, valores que se pode esperar que todos os cidadãos razoáveis e racionais endossem. ... As emendas constitucionais, dentre outras funções, apresentam-se como instrumentos democráticos de correção das decisões da Corte Constitucional incompatíveis com a razão pública.”*

---

<sup>60</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. Edição revista, ampliada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 45-2004- Editora Renovar – 3. Edição – 2010, pág. 81.

Assim, o controle a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade das leis não deve se ater à mera comparação de textos, mas verificar se a vontade popular expressada à época da elaboração da norma está em consonância com o texto constitucional. Sob esse ângulo de análise, parecem adequadas as reservas quanto às sumulas vinculantes.

A atribuição e competência do Supremo Tribunal Federal trouxe a discussão o chamado Neoconstitucionalismo,<sup>61</sup> que traz em seu bojo a possibilidade de permitir ao intérprete da Constituição elevado grau de subjetivismo. Existe diferença inegável em se exercer a função de intérprete da Constituição em prol de sua proteção, com a opinião que se tem da norma constitucional, ainda que a mesma se fundamente no argumento de defesa do texto constitucional.

### **3.2. A Corte de Cassação Francesa, as prioridades do Conselho Constitucional e o Controle de Constitucionalidade**

Considerando a necessidade de se verificar o modelo implementado na França, considera-se apropriado analisar algumas decisões da Corte de Cassação sobre a Questão Prioritária Constitucional:

- Modelo de Decisão Relativa ao não envio da QPC à Corte Constitucional, decidido pela Corte de Cassação:

O caso em análise demonstra negativa de envio da QPC à Corte Constitucional, por juízo de admissibilidade exercido pela Corte de Cassação.

No caso, o jurisdicionado questionou alguns dispositivos do Código de Processo Penal, sob a alegação de que os mesmos estariam em contrariedade com a Constituição, eis que admitiam possibilidade de não haver fundamentação em determinadas decisões da *Cour D'Assis*. No caso, argumentou-se que o texto seria

---

<sup>61</sup> No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*, Ed. Lumen Juris, 2009, pág. 119-120.

ofensivo aos artigos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que exige fundamentação das decisões judiciais.

A Corte de Cassação decidiu não enviar a QPC, sob o fundamento de que, em verdade, o questionamento do jurisdicionado não seria sobre a constitucionalidade em si da norma do código de processo penal, mas uma manifestação sobre a interpretação da Corte de Cassação sobre dispositivo mencionado, o que não possibilitaria questionamento de constitucionalidade de uma norma.

Para ilustrar o exposto, transcreve-se o que segue:

*« Arrêt n° 12019 du 19 mai 2010 (09-83.328) - Question prioritaire de constitutionnalité - Cour de cassation*

*Refus de transmission.*

*Demandeur(s) : Mme B... X...*

*Attendu que la question posée tend à faire constater que les dispositions des articles 349, 350, 353 et 357 du code de procédure pénale sont contraires à la Constitution au regard des articles 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi qu'aux principes du droit à une procédure juste et équitable, d'égalité devant la loi et d'égalité devant la justice, en ce qu'ils ne permettent pas de motiver et d'expliquer les raisons de la décision de la déclaration de culpabilité d'un accusé et le quantum de sa condamnation, autrement que par des réponses affirmatives à des questions posées de façon abstraite, se bornant à rappeler chacune des infractions, objet de l'accusation et ses éléments constitutifs légaux, et ne faisant aucune référence au comportement et à la personnalité de l'accusé ;*

*Attendu que les dispositions contestées sont applicables à la procédure, laquelle a donné lieu à l'arrêt précité de la cour d'assises des Hauts-de-Seine, en date du 10 avril 2009, qui, pour meurtre, l'a condamnée à vingt ans de réclusion criminelle ;*

*Qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;*

*Mais attendu que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;*

*Et attendu qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la*

*motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité ;*

*D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel ;*

**PAR CES MOTIFS :**

*DIT N'Y AVOIR LIEU A TRANSMETTRE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité,*

**Président : M. Lamanda, premier président**

**Rapporteur : M. Arnould, conseiller, assisté de M. Borzeix, auditeur au service de documentation, des études et du rapport**

**Avocat général : M. Raysséguier, premier avocat général »**

Em outro caso, o acusado apresentou à Corte Constitucional questionamento acerca de possível atentado aos direitos e liberdades garantidos pela Constituição, eis que era acusado de prática de terrorismo e que as leis que tratam dessa modalidade de crime possuem tratamento diferenciado dos demais crimes graves, como o procedimento penal questionado pelo demandante.

Na espécie, trata-se de previsão no sentido de que as decisões desfavoráveis ao acusado (votos na Corte), ao contrário do que ocorre nos demais crimes, não precisam ser tomadas pela maioria.

A *Cour de Cassation* entendeu que a Corte Constitucional já havia se manifestado acerca da constitucionalidade de tratamento diferenciado com relação a outros crimes graves, o que importaria no mesmo raciocínio do presente questionamento. Com base nesse argumento, não haveria que se cogitar em remessa da QPC – *Question Prioritaire de Constitutionnalité* – a Corte Constitucional.

Nota-se questão bastante interessante no presente caso trazido a análise. Cumpre notar que a norma impugnada pelo jurisdicionado não era a que havia sido declarada constitucional pela Corte Constitucional. No entanto, pelo fato de a Corte já ter-se pronunciado em outro caso, em resposta a questionamento de outro dispositivo normativo, mas utilizando a fundamentação da QPC do jurisdicionado, não haveria espaço para se levar a Corte a “mesma discussão”.

Depreende-se do exposto que não basta argumentar que um dispositivo é atentatório aos direitos fundamentais, cabendo demonstrar que a Corte ainda não se pronunciou sobre o assunto, ainda que relacionado a dispositivo diferente.

A possibilidade de se evitar o envio de questões já decididas, embora tenha como referência dispositivo diversa, possui certa lógica, uma vez que a Corte Constitucional confere relevo à questão de fundo; ou seja, o atentado a direitos fundamentais.

Definido pela Corte Constitucional como constitucional o tratamento diferenciado de procedimento para os delinquentes de prática de crimes graves, como o de terrorismo, por certo, não mais cabe decidir com relação a cada norma processual que venha a dar tratamento diferenciado, não obstante possa-se admitir que algumas normas são exageradas, ainda que diferentes.

No entanto, o questionamento que se dará a QPC será outro; ou seja, a fundamentação será diferente e não somente com relação da impossibilidade de tratamento diferenciado. Poder-se-ia questionar, reconhecendo a constitucionalidade do tratamento diferenciado, uma ofensa à liberdade individual, quando em face de previsão que extrapola os limites da Constituição, como por exemplo, uma previsão de se condenar alguém com a prisão perpétua, nos casos de crimes de terrorismo.

Para ilustrar, transcreve-se o seguinte:

**« Arrêt n° 12022 du 19 mai 2010 (09-82.582) - Question prioritaire de constitutionnalité - Cour de cassation**

*Demandeur(s) : M. Y... X...*

*Attendu que M.Y... X... soutient que l'article 698-6 du code de procédure pénale, selon lequel l'accusé d'un acte de terrorisme, à la différence de tout accusé d'un crime de droit commun, se voit refuser le droit que les réponses défavorables données aux questions soient acquises à une majorité qualifiée, porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution par les articles 6 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme, qui garantissent respectivement l'égalité devant la loi et le respect de la présomption d'innocence ;*

*Attendu que les dispositions contestées sont applicables à la procédure, laquelle a donné lieu à l'arrêt précité de la cour d'assises de PARIS, spécialement composée, en date du 27 mars 2009, qui, pour assassinat, dégradation aggravée, vol avec arme, enlèvement et séquestration aggravée, en relation avec une entreprise terroriste, et participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme, a condamné Y...*

*X... à la réclusion criminelle à perpétuité en portant à vingt-deux ans la période de sûreté ;*

*Attendu que ces dispositions n'ont pas déjà été explicitement et directement déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;*

*Mais attendu que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;*

*Et attendu qu'en déclarant conforme à la Constitution, par sa décision n°86-813 DC du 3 septembre 1986, l'article 706-25 du code de procédure pénale, qui renvoie, pour le jugement des accusés majeurs en matière de terrorisme, aux règles fixées par les dispositions contestées de l'article 698 -6 du même code, la Conseil constitutionnel a nécessairement validé ces dernières dispositions au regard de leur constitutionnalité ; qu'ainsi la question posée ne présente pas un caractère sérieux ;*

*D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel ;*

**PAR CES MOTIFS :**

*DIT N'Y AVOIR LIEU A TRANSMETTRE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité,*

**Président : M. Lamanda, premier président**

**Rapporteur : M. Arnould, conseiller, assisté de M. Borzeix, auditeur au service de documentation, des études et du rapport**

**Avocat général : M. Raysséguier, premier avocat général**

**Avocat(s) : Me Spinosi ; SCP Piwnica et Molinié ; Me Foussard ; SCP Ancel et Couturier-Heller »**

O caso exposto a seguir também se enquadra entre aqueles que a Corte de Cassação francesa resolveu não levar a QPC invocada à Corte Constitucional.

A QPC trazia como fundamento uma lesão ao direito de propriedade, da igualdade e o princípio constitucional segundo o qual todo ser humano que vier a causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano.

Questionou-se dispositivo do Código Civil francês o qual prevê, que, em determinados casos de incêndio, havendo seguradora por parte da pessoa que causou o dano, não há que se falar em dever de indenizar, caso o seguro já tenha o feito pelo autor do dano.

A Corte de Cassação entendeu, em princípio, que não há no que se falar em relevância da QPC, de maneira a torná-la apta a provocar a análise da Corte Constitucional, esclarecendo que a previsão não é atentatória ao princípio da obrigação de reparação do dano cometido.

No presente caso, verifica-se que, embora possa não se tratar de ofensa a direito fundamental, a Corte de Cassação chegou a fazer um exame de mérito acerca da constitucionalidade da norma impugnada, o que sugere que a análise da QPC pela Corte de Cassação não é meramente formal, exigindo-se, além das formalidades para conhecimento da QPC, reconhecimento da Corte acerca da possível violação dos direitos fundamentais, o que importa em ampliação do juízo de admissibilidade da QPC.

**« Arrêt n° 12004 du 7 mai 2010 (09-15.034) - Question prioritaire de constitutionnalité - Cour de cassation**

***Refus de transmission***

*Demandeur(s) : M. X...*

*Défendeur(s) : la société Aviva assurances, et autres*

*Attendu que M. X... soutient que les dispositions de l'article 1384, alinéa 2, du code civil portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et notamment au principe d'égalité, au droit de propriété et au principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui l'oblige à le réparer ;*

*Mais attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le régime de l'article 1384, alinéa 2, du code civil répond à la situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les victimes d'incendie communiqué, qu'il est dépourvu d'incidence sur l'indemnisation de la victime par son propre assureur de dommages aux biens, et qu'enfin il n'est pas porté atteinte au principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ;*

*D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel ;*

**PAR CES MOTIFS :**

*DIT N'Y AVOIR LIEU DE TRANSMETTRE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité posée par M. X... ;*

***Président : M. Lamanda, premier président***

**Rapporteur : M. Breillat, conseiller, assisté de M. Briand, auditeur au service de documentation, des études et du rapport**

**Avocat général : M. Maynial, premier avocat général**

**Avocat(s) : la SCP Delvolvé, la SCP Delaporte, Briard et Trichet »**

### **3.3 – Decisões Enviadas ao Conselho Constitucional**

O caso exposto a seguir traz uma QPC contra um artigo do Código de Ação Social de de Família, que prevê que, em caso de ser negado ao cidadão a sua qualidade de curatelado do Estado (pupilo) por decisão final do Conselho Geral (órgão competente para apreciação do pedido), haverá um prazo de 30 dias para recurso, a contar da referida decisão.

Ocorre que a mesma norma menciona que a decisão não é publicada em órgão da imprensa oficial. Tendo em vista a ausência de publicação da decisão que indefere o pedido, estar-se-ia diante de uma ofensa a garantia de recurso de uma decisão judicial prevista na Constituição e na Declaração de Direitos do Homem. Vale sublinhar que, embora ocorra a decisão e exista a previsão de recurso, não havendo publicação desta decisão, o cidadão não teria o direito ao recurso de forma digna e completa, sendo este mitigado.

A Corte de Cassação entendeu como presentes todas a formalidades da QPC, bem como o caráter relevante nela tratado, o que levou o Tribunal a levar a questão ao Conselho Constitucional.

« Le : 21/07/2012 **Cour de cassation chambre civile 1**

**Audience publique du 6 juin 2012**

**N° de pourvoi: 11-27071** Publié au bulletin

**Qpc incidente - renvoi au cc M. Charruault (président), président**

SCP Delvolvé, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu qu'à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 2 décembre 2010 par la cour d'appel de Versailles, Mme X..., par mémoire spécial et distinct, demande de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité tendant à faire juger que :

L'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles, en ce qu'il fait courir le délai de trente jours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat à compter de la date de l'arrêté du président du conseil général, sans prévoir la publicité de cet arrêté, est contraire au principe constitutionnel garantissant le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction et à l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

Attendu que la disposition contestée est applicable au litige, le recours formé par Mme X... contre l'arrêté d'admission de l'enfant Austino X... en qualité de pupille de l'Etat ayant été déclaré irrecevable, comme tardif, sur le fondement de ce texte ;

Qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Et attendu que la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle fait valoir qu'en fixant le point de départ du délai de recours contre l'arrêté d'admission d'un enfant en qualité de pupille de l'Etat à la date d'adoption de cet arrêté, cette disposition a pour effet, en l'absence de notification ou de publication de celui-ci, de priver les personnes ayant qualité à agir de la possibilité de former leur recours en temps utile ;

D'où il suit qu'il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

PAR CES MOTIFS :

RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du six juin deux mille douze. **Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Versailles du 2 décembre 2010"

### 3.4 – Decisões do Conselho Constitucional

Em continuidade, expõe-se um caso em que a Corte de Cassação decidiu provocar o Conselho Constitucional, tendo em vista o preenchimento dos requisitos formais, especialmente quanto ao que segue:

- - Aplicação ao litígio ;
- - Ofensa a Direito e,ou liberdade garantidos na Constituição ;
- - Caráter SériO (Relevante) ;
- - Não haver pronunciamento anterior pela Conselho Constitucional sobre a constitucionalidade da norma impugnada ;

O caso se refere a uma apresentação de QPC (la Question Prioritaire de Constitutionnalité), onde o impugnante sustenta que o artigo 222-33 do Código Penal francês ofende o princípio da legalidade penal (dos delitos e das penas) previsto na Constituição francesa.

O mencionado artigo traz a definição e a sanção para a prática do crime de assédio moral, definido como o fato de aliciar outro, com a finalidade de obter favores de natureza sexual, sendo então punível com prisão e pagamento de multa.

O impugnante sustentou que faltava ao tipo penal a definição sobre que tipo de consuta poderia ser caracterizada como assédio moral, conforme era previsto na redação original do mencionado dispositivo que foi alterado. No antigo dispositivo penal, havia definição mais clara do que caracterizaria o crime de assédio moral, como o fato de alguém se utilizar de ordens a outrem, ou impor determinadas condutas, em decorrência da função, a fim de obter favores sexuais.

O Conselho Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade do artigo de lei, justamente pela ofensa ao princípio da legalidade, aplicado ao litígio e também a todos os outros demais processos e procedimentos em curso.

**Décision n° 2012-240 QPC du 04 mai 2012 (OBS 1) – Decisão de Declaração de Inconstitucionalidade.**

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 29 février 2012 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 1365 du 29 février 2012), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Gérard D., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 222-33 du code pénal.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code pénal ;

Vu la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code

pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes ;  
 Vu la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs ;  
 Vu la loi no 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale ;  
 Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;  
 Vu les observations en intervention produites pour l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail par Me Nadjette Guenatéf, avocate au barreau de Créteil, enregistrées le 19 mars et le 12 avril 2012 ;  
 Vu les observations produites pour le requérant par la SCP Waquet-Farge-Hazan, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 23 mars et le 6 avril 2012 ;  
 Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 23 mars 2012 ;  
 Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Claire Waquet, Me André Soulier, Me Nadjette Guenatéf et M. Xavier Potier, ayant été entendus à l'audience publique du 17 avril 2012 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article 222-33 du code pénal « Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende » ;

2. Considérant que, selon le requérant, en punissant « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » sans définir précisément les éléments constitutifs de ce délit, la disposition contestée méconnaît le principe de légalité des délits et des peines ainsi que les principes de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique ;

3. Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ;

4. Considérant que, dans sa rédaction résultant de la loi du 22 juillet 1992 susvisée, le harcèlement sexuel, prévu et réprimé par l'article 222-33 du nouveau code pénal, était défini comme « Le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions » ; que l'article 11 de la loi du 17 juin 1998 susvisée a donné une nouvelle définition de ce délit en substituant aux mots « en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes », les mots : « en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves » ; que l'article 179 de la loi du 17 janvier 2002 susvisée a de nouveau modifié la définition du délit de harcèlement sexuel en conférant à l'article 222-33 du code pénal la rédaction contestée ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

6. Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ; que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ;

7. Considérant que l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date,

**D É C I D E :**

Article 1er.- L'article 222-33 du code pénal est contraire à la Constitution.

Article 2.- La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet à compter de la publication de la présente décision dans les conditions fixées au considérant 7.

Article 3.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 3 mai 2012, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 4 mai 2012.<sup>62</sup>

- **Décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011 (Decisão de conformidade com a Constituição)**

Após análise da Corte Constitucional acerca dos pressupostos necessários à apreciação da constitucionalidade da norma, o Conselho Constitucional resolveu enfrentar a matéria posta pela QPC.

No caso, o jurisdicionado questionava a norma prevista no art. 312-10 do Código de Educação Francês, que prevê que os ensinamentos de línguas e culturas regionais podem ser dispensadas ao longo da escolaridade,

<sup>62</sup> Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012-240-qpc/decision-n-2012-240-qpc-du-04-mai-2012.105618.html>). Acessado em 20 de maio de 2012.

segundo os modelos definidos pelo Estado e pelas coletividades locais onde essas línguas sejam faladas.

Sustentou o requerente que o referido artigo contrariava o art. 75-1, da Constituição o qual define como patrimônio cultural da França as línguas e culturas regionais.

O Conselho Constitucional entendeu pela conformidade da norma com a Constituição, ao argumento de que, em princípio não haveria que se falar em ofensa ao art. 61-1, que prevê a QPC, uma vez que o caráter relevante não é demonstrado. Ademais, o dispositivo constitucional supostamente violado não institui direito ou liberdade garantida pela Constituição.

« Le Conseil constitutionnel a été saisi le 21 mars 2011 par le Conseil d'État (décision n° 345193 du 21 mars 2011), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mme Cécile L., Mme Cécile C., l'Association pour le bilinguisme franco-allemand en Moselle, l'association Culture et bilinguisme de Lorraine - Zweisprachig, unsere Zukunft et l'association Comité fédéral des associations pour la langue et la culture régionales d'Alsace « Fer unsri Zukunft », relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions de l'article L. 312-10 du code de l'éducation.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

- Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code de l'éducation ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites pour les requérantes par Me Pierre-Étienne Rosenstiehl, avocat au barreau de Strasbourg, enregistrées le 11 avril 2011 et le 27 avril 2011 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 12 avril 2011 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Rosenstiehl pour les requérantes et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 10 mai 2011 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

- 1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 312-10 du code de l'éducation : « Un enseignement de langues et cultures régionales peut être dispensé tout au long de la scolarité selon des modalités définies par voie de convention entre l'État et les collectivités territoriales où ces langues sont en usage.  
« Le Conseil supérieur de l'éducation est consulté, conformément aux attributions qui lui sont conférées par l'article L. 231-1, sur les moyens de favoriser l'étude des langues et cultures régionales dans les régions où ces langues sont en usage » ;
- 2. Considérant que, selon les requérantes, ces dispositions ne garantissent pas une protection efficace et effective de l'enseignement des langues régionales ; qu'ainsi, elles méconnaîtraient l'article 75-1 de la Constitution ;
- 3. Considérant qu'aux termes de l'article 75-1 de la Constitution : « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France » ; que cet article n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; que sa méconnaissance ne peut donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ; que, dès lors, le grief est inopérant ;
- 4. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit,

- D É C I D E :

Article 1er.- L'article L. 312-10 du code de l'éducation est conforme à la Constitution.

Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23 11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 19 mai 2011, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 20 mai 2011.”

### **3.5 – Decisão de Declaração Conforme pela Corte Constitucional**

Um exemplo da declaração conforme pela Corte Constitucional se deu através de uma QPC provocada por um jurisdicionado questionando o art. 460 do Código Civil francês, sob o argumento de que tal norma atenta contra os direitos e liberdades individuais garantidos pela Constituição Francesa. O artigo em referencia

exige autorização do curador, ou na falta deste, do Magistrado, quando um curatelado quiser contrair matrimônio.

O jurisdicionado sustenta que a exigência é incompatível com a sua liberdade de escolha, ainda que sob curatela.

A Corte Constitucional entendeu que a norma é conforme a Constituição, uma vez que a mesma tem a finalidade de proteger o curatelado, bem como os seus bens, e que, em sendo norma de proteção, não estaria violando qualquer direito de liberdade.

Detalhe importante neste tipo de decisão, é que a Corte Constitucional pronunciou-se, não somente quanto à conformidade da norma com o direito de liberdade, mas como também com relação a todo o texto constitucional, mencionando expressamente que a norma não ofende o direito de liberdade, nem a qualquer outra norma ou princípio constitucional.

Este tipo de decisão é característico da decisão da Corte Constitucional, quando da análise da constitucionalidade da norma, no intuito de impedir a propositura de outras QPC questionando o mesmo artigo, mas com fundamentos diversos.

Pelo exposto, depreende-se que a possibilidade de nova análise pela Corte Constitucional acerca da interpretação de determinado artigo analisado anteriormente, somente seria possível em caso da chamada “mudança de circunstâncias”.

**“Décision n° 2012-260 QPC du 29 juin 2012**

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 12 avril 2012 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 584 du 12 avril 2012), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par M. Roger D., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 460 du code civil.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code civil ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites pour le requérant par Me Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées les 4 et 21 mai 2012 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 4 mai 2012 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Spinosi, pour le requérant, Me Françoise Thouin-Palat, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour Mme Monique D. et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 19 juin 2012 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

Considérant qu'aux termes de l'article 460 du code civil : « Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge » ;

« Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage » ;

Considérant que, selon le requérant, le mariage est un acte strictement personnel ; qu'en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur, l'article 460 du code civil porterait atteinte à la liberté du mariage ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le premier alinéa de l'article 460 du code civil ;

4. Considérant que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que cette liberté ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; qu'il est en outre loisible au législateur d'apporter à cette liberté des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ;

5. Considérant que, selon l'article 415 du code civil, les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que

leur état ou leur situation rend nécessaire ; que cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne ; qu'elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée et favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci ; que l'article 428 du même code dispose que la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future ; qu'elle doit en outre être proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé ;

6. Considérant que la curatelle est l'une des mesures judiciaires de protection juridique qui, selon l'article 425 du code civil, peut être ordonnée à l'égard d'une personne atteinte d'une « altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté » ; que l'article 440 du même code dispose que le juge peut placer en curatelle « la personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile » ;

7. Considérant que l'article 460 du code civil n'interdit pas le mariage de la personne en curatelle ; qu'il le permet avec l'autorisation du curateur ; que le refus du curateur peut être suppléé par l'autorisation du juge des tutelles dont la décision prononcée après un débat contradictoire doit être motivée en fonction de l'aptitude de l'intéressé à consentir au mariage ; que cette décision judiciaire est susceptible de recours ; que la personne en curatelle jouit des garanties nécessaires à l'exercice effectif de ces recours ;

8. Considérant qu'en égard aux obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent, le mariage est « un acte important de la vie civile » ; qu'en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut à celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales ; que les restrictions dont il a accompagné son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée ;

9. Considérant que le premier alinéa de l'article 460 du code civil n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; que, par suite, il doit être déclaré conforme à la Constitution,

#### D É C I D E :

Article 1er.- Le premier alinéa de l'article 460 du code civil est conforme à la Constitution.

Article 2.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 28 juin 2012, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme

Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL, Nicolas SARKOZY et Pierre STEINMETZ.

Rendu public le 29 juin 2012.”

No caso, o Requerente, no dia 18 de setembro de 2012 solicitou a declaração de inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 161-1 do Código de Processo Penal, através da Questão Prioritária de Constitucionalidade de n. 5082, de 2012, que assim dispõe:

- “Cópia da decisão que determinar a perícia será comunicada , sem prazo, ao procurador da república e aos advogados das partes que terão o prazo de dez dias para solicitar ao Magistrado, em conformidade com o disposto na parte final do art. 81, para modificar ou complementar as questões formuladas ao perito ou ao assistente do perito, ou ainda aos peritos já designados escolhidos pelas partes de acordo com a lista prevista no art. 157.”

A alegação da constitucionalidade da referida norma menciona atentado aos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Francesa, especialmente quanto ao art. 6., da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789, que menciona “que a lei deverá ser a mesma para todos, seja para quem ela protege, seja para quem ela pune”, ou seja, ofensa a igualdade de direitos.

- Sustentou o requerente que as partes precisam ser intimidas, e que não somente os advogados, principalmente pelo fato de que, em alguns processos existe a possibilidade da parte atuar sem advogado, o que tornaria inaplicável a este a referida norma.

- O Tribunal entendeu que a norma exposta no art. 161-1, do Código de Processo Penal Francês é constitucional, e apenas a referência (aos advogados) deva ser retirada do texto, sendo caso de uma inconstitucionalidade parcial com redução do texto.

- Assim, entendeu-se, que a contar da publicação da decisão a referida norma deverá ser interpretada no sentido de que “deverá haver a intimação do Procurador da República e das partes”, suprimindo do texto a expressão: “aos advogados”.

-

- “Décision n° 2012-284 QPC
- du 23 novembre 2012
- 
- *Le Conseil constitutionnel a été saisi le 18 septembre 2012 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 5082 du 11 septembre 2012), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mme Maryse L., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du premier alinéa de l'article 161-1 du code de procédure pénale.*
- *LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,*
- *Vu la Constitution ;*
- *Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;*
- *Vu le code de procédure pénale ;*
- *Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;*
- *Vu les observations produites pour la requérante par Me Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 10 octobre 2012 ;*
- *Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 10 octobre 2012 ;*
- *Vu les pièces produites et jointes au dossier ;*
- *Me Spinosi, dans l'intérêt de la requérante, et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 14 novembre 2012 ; Le rapporteur ayant été entendu ;*
- 
- *1. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 161-1 du code de procédure pénale : « Copie de la décision ordonnant une expertise est adressée sans délai au procureur de la République et aux avocats des parties, qui disposent d'un délai de dix jours 2. pour demander au juge d'instruction, selon les modalités prévues par l'avant-dernier alinéa de l'article 81, de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre à l'expert ou aux experts déjà désignés un expert de leur choix figurant sur une des listes mentionnées à l'article 157 » ;*
- *2. Considérant que, selon la requérante, en prévoyant que la notification de la copie de la décision ordonnant l'expertise est réservée aux avocats des parties et en plaçant les parties non assistées ou représentées par un avocat dans l'impossibilité de formuler des observations ou des demandes au vu de cette décision, la disposition contestée porte atteinte aux droits de la défense, au principe du contradictoire ainsi qu'au principe d'égalité des citoyens devant la loi ;*
- *3. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que son article 16 dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au principe du contradictoire et au respect des droits de la défense ;*
- *4. Considérant que les dispositions contestées prévoient la notification au procureur de la République et aux avocats des parties de la décision de la juridiction d'instruction ordonnant une expertise afin que les destinataires de cette notification soient mis à même, dans le délai imparti, de demander au juge d'instruction de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert ou d'adjoindre un expert de leur choix ; qu'en l'absence d'une telle notification, les parties non assistées par un avocat ne peuvent*

*exercer ce droit ; que la différence de traitement ainsi instituée entre les parties selon qu'elles sont représentées ou non par un avocat ne trouve pas de justification dans la protection du respect de la vie privée, la sauvegarde de l'ordre public ou l'objectif de recherche des auteurs d'infraction, auxquels concourt le secret de l'instruction ; qu'elle n'est pas davantage compensée par la faculté, reconnue à toutes les parties par le troisième alinéa de l'article 167 du code de procédure pénale, de demander un complément ou une contre expertise ; que les articles 80-2, 80-3 et 116 du code de procédure pénale garantissent le droit des personnes mises en examen et des parties civiles de bénéficier, au cours de l'instruction préparatoire, de l'assistance d'un avocat, le cas échéant commis d'office ; 3 que, toutefois, dès lors qu'est reconnue aux parties la liberté de choisir d'être assistées d'un avocat ou de se défendre seules, le respect des principes du contradictoire et des droits de la défense impose que la copie de la décision ordonnant l'expertise soit portée à la connaissance de toutes les parties ; que, dans le premier alinéa de l'article 161-1 du code de procédure pénale, les mots : « avocats des » ont pour effet de réserver aux avocats assistant les parties la notification de la copie de la décision ordonnant l'expertise et la faculté de demander au juge d'instruction d'adjoindre un expert ou de modifier ou compléter les questions qui lui sont posées ; que, par suite, ils doivent être déclarés contraires à la Constitution ;*

- *5. Considérant que cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la date de publication de la présente décision ; qu'elle est applicable à toutes les décisions ordonnant une expertise prononcées postérieurement à la publication de la présente décision ;*
- *6. Considérant que, pour le surplus, le premier alinéa de l'article 161-1 du code de procédure pénale ne méconnaît aucun droit ou liberté que la Constitution garantit ; qu'il doit être déclaré conforme à la Constitution,*

- **D É C I D E :**

- *Article 1er.– Dans le premier alinéa de l'article 161-1 du code de procédure pénale, les mots : « avocats des » sont contraires à la Constitution.*
- *Article 2.– La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet à compter de la présente décision dans les conditions fixées par son considérant 5.*
- *Article 3.– Le surplus du premier alinéa de l'article 161-1 du code de procédure pénale est conforme à la Constitution.*
- *Article 4.– La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée."*
- Neste caso o Requerente, através da QPC 2012-278 solicitou a declaração de inconstitucionalidade do número 3º do artigo 16 da Ordenação (Lei Orgânica) de 22 dezembro 1958, que estabelece a exigência de "possuir boa moral", como requisito para ingresso na Escola da Magistratura, sob o argumento que o referido Diploma estaria extrapolando a sua competência legislativa ao exigir algo que não lhe caberia definir, sendo atribuição de lei nacional, além de que seria um termo "aberto" capaz de dar qualquer tipo de interpretação.
- Sustentou atentado ao artigo 64 da Constituição e artigo 6 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 que dispõe que todos os cidadãos serão iguais aos olhos da lei e são igualmente tratados quando no ingresso aos empregos públicos, segundo sua capacidade, sem qualquer tipo de distinção, e serão recrutados segundo suas virtudes e talentos.

- 
- A Corte Constitucional entendeu que não haveria violação constitucional, tendo em vista que o legislador da Lei Orgânica pode tornar efetiva a necessidade de se permitir o ingresso aos cargos públicos, e de acordo com os princípios da Administração, sendo razoável a referida exigência.
- 

“Décision n° 2012-278 QPC

- *Le Conseil constitutionnel a été saisi le 17 juillet 2012 par le Conseil d’État (décision n° 358648 du 17 juillet 2012), dans les conditions prévues à l’article 61-1 de la Constitution, d’une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mme Élisabeth B., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions du 3° de l’article 16 de l’ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 en tant qu’elles prévoient que les candidats à l’auditorat doivent « être de bonne moralité ».*
- **LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,**
- *Vu la Constitution ;*
- *Vu l’ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;*
- *Vu l’ordonnance organique n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ;*
- *Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;*
- *Vu les observations produites pour la requérante par Me Manuel Carius, avocat au barreau de Poitiers, enregistrées le 29 août 2012 ;*
- *Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 31 août 2012 ;*
- *Vu les pièces produites et jointes au dossier ;*
- *Me Carius, pour la requérante et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l’audience publique du 25 septembre 2012 ;*
- *Le rapporteur ayant été entendu ;*
- *1. Considérant qu’aux termes du 3° de l’article 16 de l’ordonnance du 22 décembre 1958 susvisée, les personnes qui présentent une candidature à l’entrée à l’École nationale de la magistrature doivent notamment : « être de bonne moralité » ;*
- *2. Considérant que, selon la requérante, il revient au législateur d’organiser de manière complète les conditions de recrutement des magistrats de l’ordre judiciaire, de définir les qualités que les candidats doivent présenter et de fixer les modalités d’appréciation de ces qualités par le pouvoir exécutif ; qu’en renvoyant à la notion imprécise de « bonne moralité » le législateur aurait méconnu l’étendue de sa compétence et porté atteinte au principe d’égal accès aux emplois publics ;*
- 
- *3. Considérant qu’aux termes du premier alinéa de l’article 61-1 de la Constitution : « Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé » ; que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l’appui d’une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit ;*
- *4. Considérant que le troisième alinéa de l’article 64 de la Constitution dispose : « Une loi organique porte statut des magistrats » ; que l’article 6 de la Déclaration des droits de*

*l'homme et du citoyen de 1789 dispose que tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi « sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » ; que les règles de recrutement des magistrats de l'ordre judiciaire fixées par le législateur organique doivent, notamment en posant des exigences précises quant à la capacité des intéressés, assurer le respect du principe d'égal accès aux emplois publics et concourir à l'indépendance de l'autorité judiciaire ;*

- *5. Considérant que l'article 16 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 précitée fixe les conditions requises des candidats à l'une des voies d'accès à l'École nationale de la magistrature, notamment celles relatives à la nationalité, la jouissance des droits civiques, les diplômes et l'aptitude physique ; que le 3° de cet article précise en outre que ces candidats doivent « être de bonne moralité » ; que les dispositions contestées ont pour objet de permettre à l'autorité administrative de s'assurer que les candidats présentent les garanties nécessaires pour exercer les fonctions des magistrats et, en particulier, respecter les devoirs qui s'attachent à leur état ; qu'il appartient ainsi à l'autorité administrative d'apprécier, sous le*
- *3 contrôle du juge administratif, les faits de nature à mettre sérieusement en doute l'existence de ces garanties ; que les exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789 n'imposent pas que le législateur organique précise la nature de ces faits et les modalités selon lesquelles ils sont appréciés ; que, par suite, le grief tiré de ce que le législateur organique aurait méconnu l'étendue de sa compétence doit être écarté ;*
- *6. Considérant que les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution,*

***D É C I D E :***

- *Article 1er. – Au 3° de l'article 16 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, les mots « être de bonne moralité » sont conformes à la Constitution.*
- *Article 2. – La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.*
- *Article 3. – Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 4 octobre 2012, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL, Nicolas SARKOZY et Pierre STEINMETZ.*
- *Rendu public le 5 octobre 2012.”*

## CONCLUSÃO

No presente capítulo, derivam-se do conteúdo exposto ao longo da Dissertação algumas conclusões, as quais se dirigem principalmente à análise do controle de constitucionalidade no sistema francês e à possibilidade de formular propostas para aprimoramento do sistema brasileiro.

De pronto, cumpre sublinhar que o Brasil possui um dos melhores modelos de controle de constitucionalidade do mundo, o qual tem propiciado significativos e inegáveis avanços à cidadania, embora o mesmo ainda apresente lacunas, as quais podem ser objeto de aprimoramento.

Como é cediço, no direito pátrio, adota-se o controle misto de constitucionalidade, o qual se inspira no sistema estadunidense e no europeu, mesclando diversos institutos de países e sistemas com diferentes peculiaridades.

Admitindo esse dado de realidade, acredita-se que talvez tenha chegado a hora de se pensar em atribuir ao Supremo Tribunal Federal as duas funções: de Corte Constitucional e de Suprema Corte, especializando-se turmas para análise e julgamento dos casos, ou até mesmo, criando-se nova Corte.

Como exercício de reflexão, talvez fosse o caso de se atribuir as questões referentes aos direitos fundamentais a determinado setor, na estrutura do Supremo Tribunal Federal e designar-se outro órgão, também inserido na estrutura do STF, a atribuição de análise da constitucionalidade das demais leis e exercer os outros controles.

Por outro lado, parece relevante e oportuno cogitar-se de nova forma de ingresso ao Supremo Tribunal Federal, especificamente quando se tem em mente a atribuição de julgamentos sobre os direitos fundamentais.

A experiência do sistema pátrio de controle e compatibilidade de normas com a Constituição sugere que, cada vez mais, se pensa em criar um instituto que restrinja a atuação da Suprema Corte, mesmo que isso possa resultar em negativa de jurisdição, ou em negativa do próprio exercício de controle, como a atual criação do instituto da repercussão geral.

Outro ponto digno de análise diz respeito à chamada Repercussão Geral, vez que a mesma torna particularmente espinhoso o dia a dia forense e os percalços dos advogados, para “tentar” justificar uma repercussão geral, ao caso submetido a julgamento.

Sob esse aspecto, a experiência demonstra que, não obstante se verifique ofensa a direito do jurisdicionado, este terá que lançar mão de um instituto do controle concentrado, qual seja a análise objetiva da norma, de sua constitucionalidade e de sua repercussão, para que lhe seja assegurada a oportunidade de se dirigir a Corte Maior.

Não é isso que se pretende garantir ao jurisdicionado, mas a possibilidade de saber se, no caso específico, há violação do texto constitucional, até mesmo pela forma de aplicação da norma que se questiona.

Sob essa vertente de análise, a repercussão geral surge como forma de evitar o conglomerado de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal e não como defesa objetiva do texto. Isso serve apenas para que o jurisdicionado se “desdobre” para atingir o convencimento de que o caso é de repercussão geral, mesmo sendo nítida a ausência da mencionada repercussão.

Em linhas gerais, isso parece semelhante ao que ocorre hoje, quando se nega a análise de recurso, sob a singela alegação de “ofensa indireta ao texto constitucional”.

Certamente, não é pelo caminho da obstrução do acesso ao Supremo Tribunal Federal que os valores da Constituição serão garantidos... Muito pelo contrário, quanto maior a facilidade de acesso, melhor será o controle judicial pelo guardião da Constituição.

Negar análise de ofensa ao texto constitucional, em decorrência de uma análise subjetiva de se ter, ou não, repercussão geral, é afastar o direito fundamental de acesso à justiça, na sua mais ampla definição. Nesse passo, a análise da constitucionalidade seria objetiva, mas a decisão de ter ou não repercussão geral seria subjetiva.

Ter acesso ao Poder Judiciário (garantido pela Constituição) é lograr acesso a todos os tribunais, inclusive os Superiores. Não é suficiente obter decisão de

causa pessoal pelo tribunal local acerca de questionamento de violação do texto constitucional. Há de se ter direito de questionar do Supremo Tribunal Federal para saber se a norma aplicada está em consonância com o texto constitucional.

Embora previsto o controle difuso, não se pode ignorar que até esse tipo de controle que pode ser exercido por qualquer Tribunal, existe também uma Corte Maior, responsável por dar a “palavra final” sobre a constitucionalidade.

Ademais, é de farto conhecimento de todos, que, embora estejamos em um país democrático, “fazer subir” (juízo de admissibilidade) um recurso extraordinário é conquista semelhante a ganhar na loteria... Primeiro, o advogado deve cumprir os tramites burocráticos do recurso (peças, custas, prazo, dentre outros). Depois, passar pelo juízo de admissibilidade do Tribunal local (quase sempre negado), demonstrando a ofensa ao texto constitucional (direta), e ainda, a repercussão geral. E por último, passar pelo juízo de admissibilidade do próprio STF, mas, dessa feita, primeiro, demandar provimento ao Agravo da decisão que lhe negou seguimento no juízo *a quo*.

O Brasil, infelizmente ainda não avançou ao ponto de efetivamente se desconsiderar as partes envolvidas no litígio. Não se pode tentar esconder o que se passa na vida real, sob pena de não conseguirmos avançar na melhoria do sistema.

Não se deve esquecer que o Poder Judiciário destina-se a exercer a pacificação social, quando a sociedade está em conflito. Por conta dessa atribuição, que sustenta a essência do Poder Judiciário, cabe-lhe também (pela adoção do sistema de controle misto) exercer o controle de constitucionalidade das leis, o que nada mais é do que uma extensão de seu objetivo principal, qual seja, a pacificação social através de suas decisões.

Com isso, ainda que se trate de um controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal de norma contestada de forma direta, não se deve afastar a ideia da sua aplicação a casos concretos. A interpretação passa necessariamente pela análise da aplicação da referida norma. Não existe, ainda que pelo controle direto, como ignorar se a norma será, ou não considerada constitucional, sem que se analise a sua aplicação ao caso concreto. É exatamente por isso que o Supremo Tribunal Federal pode estabelecer os efeitos de sua decisão, bem como aplicar interpretação conforme. Justamente pelo fato de que a norma sob averiguação

constitucional tem a sua constitucionalidade aferida pela sua aplicação na prática, ainda que o julgamento seja da norma propriamente dita.

Diante do exposto e com base no conteúdo da Dissertação, propõe-se:

a) a criação de um sistema de controle judicial prévio de constitucionalidade, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal;

b) a criação de um incidente que permita ao jurisdicionado, quando se trate de ofensa a direito fundamental, provocar o Supremo Tribunal Federal, sem necessidade de aguardar pelo trâmite de longo processo judicial.

c) democratizar o método de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, com maior participação do próprio Poder Judiciário, adotando-se mecanismos que procurem evitar interferência de natureza ideológica e político-administrativa do Poder Executivo na escolha;

d) aumento do número de Magistrados do STF;

e) especialização do Supremo Tribunal Federal, distribuindo competência para análise dos incidentes de constitucionalidade, para as ações direta de constitucionalidade e de inconstitucionalidade, para a ADPF e demais ações, e principalmente para o exercício prévio de constitucionalidade;

f) transformação efetiva do Supremo Tribunal Federal em Suprema Corte e Corte Constitucional;

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Editora Saraiva, 5. Ed, 2011.

BERNARD, G. *Les institutions de La France*. Paris: Ed. Nathan.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e Instrumentos de realização*. 3. Edição revista, ampliada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 45-2004- rio: Editora Renovar,;2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Ed. Campos, 1992, p. 4. “os direitos do homem ganham relevo quando se deslocam do Estado para o indivíduo”.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constuição*. 7. Edição (8. Reimpressão): Coimbra.: Editora Almedina.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. Acessado em 15 de maio de 2012.

Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2012-240-qpc/decision-n-2012-240-qpc-du-04-mai-2012.105618.html>). Acessado em 20 de maio de 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Néelson Boeira. São Paulo,: EditoraMartinsFontes, 2010.

FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Ed. Landy. Tradução Dunia Marinho Silva, s/d..

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13 ed. São Paulo: Ed. Saraiva,.

LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo Judicial e Déficitis Democráticos – Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias*.Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de preceito fundamental – Comentários a Lei 9.882, de 3-12-1999*. Editora Saraiva, Série IDP – 1. Edição – 2. Tiragem, 2009

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Estudos de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva,.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010* São Paulo: Editora Saraiva, Série IDP, 2012.

MORAES, **Alexandre de**, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 4 ed, São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Contribuindo para uma doutrina constitucional adequada: dialogando com a teoria da constituição dirigente*. In: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Juris Poiesis – Homenagem aos 35 anos do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – ano 08, n. 8, jul. 2005.

------. Aspectos Processuais da Súmula vinculante: Reflexos na Efetividade da Defesa dos Direitos Fundamentais. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (org.). *Acesso á Justiça Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Acesso á Justiça Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ROUVILLOIS, Frederic. *Droit Constitutionnel 2. La V. République*. 3 edition. Ed. Champs Université – Flammarion”, pág. 317.

ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice em France*. 4 EDITION REVUE E MISE A JOUR, ED. PUF DROIT, págs 1079-1080.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Do Garantismo Negativo ao Garantismo Positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade*, In: Revista Juris Poiesis – Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Ano 8 – n. 07 – 2005, pág. 225.

------. As Súmulas Vinculantes em face da Hermenêutica Filosófica e da Jurisdição Constitucional. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. (org) *Acesso á Justiça Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZARCA, Jean-Claude. *Institutions politiques françaises*. Paris: Editora Ellipses, págs. 27 e segs; pág. 105.

-ANEXO

**A CONSTITUIÇÃO FRANCESA E AS NORMAS REGULAMENTARES  
REFERENTES à QUESTÃO PRIORITÁRIA CONSTITUCIONAL**

**Constituição Francesa (Constituição da V República)**

- **ARTICLE 61-1.**

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

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

- **ARTICLE 62.**

- Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

- **ARTICLE 63.**

- Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations.

**Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel**

*modifiée par l'ordonnance n° 59-223 du 4 février 1959 et par les lois organiques n° 74-1101 du 26 décembre 1974, n° 90-383 du 10 mai 1990, n° 95-63 du 19 janvier 1995, n° 2007-223 du 21 février 2007, n° 2008-695 du 15 juillet 2008, n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 et n° 2010-830 du 22 juillet 2010.*

**Titre II : Fonctionnement du Conseil constitutionnel**

*Chapitre II bis : De la question prioritaire de constitutionnalité*

Section 1 : Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation

**- Article 23-1**

*(al.1)* Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office.

*(al.2)* Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis.

*(al.3)* Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie.

*(al.4)* Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par La cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé

dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation.

**- Article 23-2**

(*al.1*) La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le

fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

(*al.5*) En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

(*al.6*) La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

**- Article 23-3**

(*al.1*) Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires.

(al.2) Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté.

(al.3) La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence.

(al.4) En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irréremédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés.

(al.5) Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé.

Section 2 : Dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation

#### **- Article 23-4**

Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

#### **- Article 23-5**

(al.1) Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la

première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.

*(al.2)* En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

*(al.3)* Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

*(al.4)* Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer.

### **- Article 23-6 13**

13 Article abrogé par l'article 12 de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution. Ancienne rédaction :  
 « *(al.1)* Le premier président de la Cour de cassation est destinataire des transmissions à La Cour de cassation prévues à l'article 23-2 et au dernier alinéa de l'article 23-1. Le mémoire mentionné à l'article 23-5, présenté dans le cadre d'une instance devant la Cour de cassation, lui est également transmis. *(al.2)* Le premier président avise immédiatement le procureur général.

*(al.3)* L'arrêt de la Cour de cassation est rendu par une formation présidée par le premier président et composée des présidents des chambres et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée. *(al.4)* Toutefois, le premier président peut, si la solution lui paraît s'imposer, renvoyer la question devant une formation présidée par lui-même et composée du président de la

*chambre spécialement concernée et d'un conseiller de cette chambre. (al.5) Pour l'application des deux précédents alinéas, le premier président peut être suppléé par un délégué qu'il désigne*

*parmi les présidents de chambre de la Cour de cassation. Les présidents des chambres peuvent être suppléés par des délégués qu'ils désignent parmi les conseillers de la chambre.*

**- Article 23-7**

(al.1) La décision motivée du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel.

(al.2) La décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé.

Section 3 : Dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel

**- Article 23-8**

(al.1) Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise.

(al.2) Lorsqu'une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avise également le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.

**- Article 23-9**

Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question.

**- Article 23-10**

Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

**- Article 23-11**

*(al.1)* La décision du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est notifiée aux parties et

communiquée soit au Conseil d'État, soit à la Cour de cassation ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée.

*(al.2)* Le Conseil constitutionnel communique également sa décision au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que, dans le cas prévu au dernier alinéa de l'article 23-8, aux autorités qui y sont mentionnées.

*(al.3)* La décision du Conseil constitutionnel est publiée au Journal officiel et, le cas échéant, au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie.

**- Article 23-12**

Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, la contribution de l'État à la rétribution des auxiliaires de justice qui prêtent leur concours au titre de l'aide juridictionnelle est majorée selon des modalités fixées par voie réglementaire.

**Titre III : Dispositions diverses et transitoires**

**- Article 55**

Les modalités d'application de la présente ordonnance pourront être déterminées par décret<sup>14</sup> et 15 et 16 en conseil des ministres, après consultation du Conseil constitutionnel et avis du Conseil d'État.

### **- Article 56**

Le Conseil constitutionnel complètera par son règlement intérieur<sup>17</sup> les règles de procédure « applicables devant lui »<sup>18</sup> édictées par le titre II de la présente ordonnance. Il précisera notamment les conditions dans lesquelles auront lieu les enquêtes et mesures d'instruction prévues aux articles 42 et 43 sous la direction d'un rapporteur.

14 Cf. décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

15 Cf. décret n° 2010-149 du 16 février 2010 relatif à la continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de La question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

16 Cf. décret n° 2010-1216 du 15 octobre 2010 relatif à la procédure d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité devant la Cour de cassation.

17 Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité (*Décision du 4 février 2010 ; publié au JO du 18 février 2010 et modifié en juin 2010*)<sup>18</sup> « applicables devant lui » inséré par la LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 4.8

## **Code de justice administrative**

### **Livre VII : Le jugement**

#### *Titre VII : dispositions spéciales*

#### Chapitre Ier *bis* : La question prioritaire de constitutionnalité

### **- Article LO 771-1**

La transmission par une juridiction administrative d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat obéit aux règles définies par les articles 23-1 à 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7

novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

### **- Article LO 771-2**

Le renvoi par le Conseil d'Etat d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil

constitutionnel obéit aux règles définies par les articles 23-4, 23-5 et 23-7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 précitée.

## **Code de l'organisation judiciaire**

### **Livre IV : La Cour de cassation**

#### *Titre VI : Question prioritaire de constitutionnalité*

##### **- Article LO 461-1**

La transmission par une juridiction de l'ordre judiciaire d'une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation obéit aux règles définies par les articles 23-1 à 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

##### **- Article LO 461-2**

Le renvoi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel obéit aux règles définies par les articles 23-4 à 23-7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 précitée.

Chapitre inséré par la LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 2-I. Applicable à partir du 1er mars 2010 (art. 5 de la LO : « *1er jour du 3ème mois suivant celui de sa promulgation* »).

Titre inséré par la LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 2-II. Applicable à partir du 1er mars 2010 (art. 5 de La LO : « *1er jour du 3ème mois suivant celui de sa promulgation* »).

## **Code de procédure pénale**

### **Livre IV : De quelques procédures particulières**

#### *Titre Ier bis : De la question prioritaire de constitutionnalité*

##### **- Article LO 630**

Les conditions dans lesquelles le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé dans une instance pénale, ainsi que les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel peut être saisi par la Cour de cassation de La question prioritaire de

constitutionnalité, obéissent aux règles définies par les articles 23-1 à 23-7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

## **Code des juridictions financières**

### **Livre Ier : La cour des comptes**

#### *Titre IV : Procédure*

#### **- Article LO 142-2 22**

I. — La transmission au Conseil d'Etat, par une juridiction régie par le présent code, d'une question prioritaire de constitutionnalité obéit aux règles définies par les articles 23-1 à 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

II. — Devant une juridiction financière, l'affaire est communiquée au ministère public dès que le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par La Constitution est soulevé, afin qu'il puisse faire connaître son avis.

Titre inséré par la LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 2-III. Applicable à partir du 1er mars 2010 (art. 5 de La LO : « *1er jour du 3ème mois suivant celui de sa promulgation* »).

Titre inséré par la LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 2-IV. Applicable à partir du 1er mars 2010 (art. 5 de La LO : « *1er jour du 3ème mois suivant celui de sa promulgation* »).