

Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês

Joaquim B. Barbosa Gomes

Sumário

Introdução. 1. Das características do controle e dos seus atores principais. 1.1. Da legitimação. 1.2. A ampliação da legitimação para exercício do controle. 1.3. A emergência do *bloc de constitutionnalité*. 1.4. O surgimento na Quinta República de um verdadeiro sistema de alternância. 2. Do órgão controlador e das normas objeto do controle. 2.1. Qualificação técnica. 2.2. Modernidade. 3. Das atribuições do Conselho Constitucional e dos atos suscetíveis de controle. 3.1. Das atribuições extrajurisdicionais e semijurisdicionais. 3.2. Das competências tipicamente jurisdicionais. 3.3. Dos atos normativos imunes ao controle. 3.4. Controle de constitucionalidade da lei já promulgada. 4. Do procedimento e das decisões. 4.1. Da legitimação. 4.2. Dos prazos. 4.3. Dos requisitos de propositura da ação e da sua evolução procedimental. 4.4. Das regras procedimentais. 4.5. Das decisões. 5. Síntese da obra jurisprudencial do Conselho Constitucional. 6. Críticas, controvérsias e propostas de alteração do sistema de controle de tipo francês. 6.1. Conselho Constitucional: órgão jurisdicional ou órgão político? 6.2. As propostas de reforma do Conselho.

Introdução

A França, como boa parte das democracias da Europa Ocidental, só veio a instituir um sistema de justiça constitucional após a segunda guerra mundial. Por força da sua especificidade histórica e das idiosincrasias institucionais dela decorrentes, a escolha do modelo de justiça constitucional naquele

Joaquim B. Barbosa Gomes é Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris-II (Panthéon-Assas). *Visiting Scholar* na Columbia Law School, NY. Membro do Ministério Público Federal.

país se fez em acentuado contraste com os paradigmas até então existentes na matéria – o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade *a posteriori*, difuso e verificado no caso concreto e o modelo kelseniano, de tipo concentrado e abstrato. Os constituintes franceses de 1958 optaram pelo sistema concentrado e abstrato, porém preventivo.

Tendo o sistema francês evoluído significativamente nos últimos quarenta anos e sendo bastante escassa a bibliografia em vernáculo sobre o assunto, pareceu-nos oportuno abordar o tema, ainda que sem a profundidade desejável.

Assim, trataremos num primeiro momento das características gerais do sistema de controle e dos seus atores principais, com especial ênfase para as suas singularidades, as suas virtudes e deficiências em comparação com o modelo dito norte-americano. Especial atenção será consagrada ao estudo do órgão titular do controle, da sua organização e especial modo de renovação da respectiva composição, bem como das normas objeto do controle.

Num segundo momento, abordaremos de forma sucinta alguns dos aspectos mais salientes da jurisprudência produzida pela jurisdição constitucional francesa nesses últimos quarenta anos.

A título de conclusão, tentaremos fazer um balanço das críticas, controvérsias e propostas de reforma do sistema que vêm sendo feitas nos últimos anos, impulsionadas em grande parte pela progressiva facilitação dos estudos comparativos que a revolução das comunicações tem propiciado.

1. Das características do controle (ver VIEIRA, 1989) e dos seus atores principais

Objetivamente, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade de tipo preventivo se notabiliza por algumas virtudes e por algumas deficiências.

A principal característica desse sistema, como se sabe, reside no fato de que a verifi-

cação da constitucionalidade se opera antes da promulgação da lei, embora, como demonstraremos mais adiante, isso não seja inteiramente verdadeiro no caso francês. Para alguns, a primeira e grande virtude do sistema de controle preventivo (ver FERREIRA FILHO, 2000) consiste em que, nessa modalidade de controle, aborta-se a inconstitucionalidade no nascedouro, impedindo que a lei inconstitucional produza seus efeitos deletérios antes de a jurisdição constitucional poder retirar-lhe a eficácia.

O controle preventivo tem, por outro lado, um inegável efeito dissuasivo e um impacto político talvez mais importante do que o controle *a posteriori*, especialmente em países que adotam o sistema parlamentar de governo, em que a troca de Gabinete e de coloração política da Administração ocorre com frequência. Em geral, nesse sistema de governo, a alternância entre equipes governamentais significa às vezes alteração radical na agenda política da nação. E nada é mais embaraçoso politicamente para uma nova equipe governamental, ungida e legitimada pelo voto popular, do que ver sua plataforma de campanha cair por terra abruptamente por força de decisões emanadas de autoridades não legitimadas pelo sufrágio popular. Nessas situações, pode soçobrar, da noite para o dia, uma medida administrativa de impacto que simboliza todo um processo de alternância política, todo o conteúdo programático de um partido político importante que por longo tempo esteve à espera de sua vez para alçar-se ao poder, enfim, toda a *entente* ideológica entre um determinado líder político e parcela significativa do eleitorado. Sem dúvida, o controle de constitucionalidade preventivo, com seus prazos exíguos e peremptórios, com a característica de bloqueio político insuperável que lhe é às vezes peculiar, com a incômoda proximidade temporal entre os debates político e jurídico, tem não raro um impacto político muito maior do que o do controle *a posteriori*, que ocorre quase sempre muito tempo após a entrada em vigên-

cia das normas questionadas, incidindo não raro sobre situações já consumadas e irreversíveis na prática¹.

Por fim, o controle preventivo, caso exercido com rigor e acompanhado de vigilância cotidiana por partes dos legitimados, tem a inegável vantagem de não permitir a instauração da incerteza e da insegurança jurídicas, eis que corta na raiz o experimentalismo e as oscilações típicas do controle difuso e *a posteriori*.

Mas as insuficiências e os inconvenientes do sistema preventivo de tipo francês são também largamente conhecidos. Em primeiro lugar, questiona-se a própria eficácia do sistema preventivo em si. Isso porque, estando o acionamento da justiça constitucional nesse sistema condicionado à observância de prazos e dependente de iniciativas de autoridades políticas, é grande o risco de leis importantes e constitucionalmente duvidosas serem promulgadas sem que um dos titulares do direito de ação tome a iniciativa de questioná-las perante o Conselho Constitucional. A hipótese não é de ser descartada, embora ela seja de ocorrência rara, dada a acirrada clivagem político-ideológica que caracteriza o sistema político da França².

Por outro lado, mesmo aquelas leis que passam pelo crivo da jurisdição constitucional podem no futuro vir a apresentar sintomas de inconstitucionalidade, seja por se tratar de inconstitucionalidade que era meramente virtual ao tempo da verificação abstrata da constitucionalidade e se concretizou no momento da aplicação concreta da lei, seja por força do fenômeno da mutação constitucional. Por outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de modificação ulterior do próprio texto da constituição.

Outro sério defeito do sistema de jurisdição constitucional de tipo francês diz respeito à não-participação do cidadão ou da sociedade civil organizada no processo de controle. Com efeito, no sistema de controle implantado pela Constituição francesa de 1958, não há espaço para a arguição da inconstitucionalidade da lei por parte de um

indivíduo que se sinta atingido por um dos seus dispositivos, seja no caso concreto seja em abstrato. Em outras palavras, uma vez promulgada a lei, tendo ela passado ou não sob o crivo da jurisdição constitucional, aquele que se sentir prejudicado pela incidência de suas normas não tem meios de combatê-la em sede jurisdicional. Em primeiro lugar, porque os órgãos jurisdicionais ordinários, mesmo os de cúpula como a Corte de Cassação e o Conselho de Estado, não têm o exame da constitucionalidade das leis entre as suas atribuições jurisdicionais. Noutras palavras, ao julgarem um litígio entre particulares ou entre estes e uma entidade estatal, os juízes ordinários franceses não têm poder de afastar a aplicação de uma lei ao caso do concreto por considerá-la inconstitucional. Tal vedação é decorrência dos dogmas herdados da Revolução (ver MERRYMAN, 1996), especialmente o da sacralização da lei e o da proibição aos juízes de proferir decisões de caráter normativo (*arrêt de reglement*). Em segundo lugar, porque sendo o controle de tipo preventivo, uma vez declarada a compatibilidade da lei com o texto constitucional ou mesmo ultrapassado *in albis* o prazo para se desencadear o processo de controle, a lei torna-se ato legislativo irreversível, ou seja, nasce a impossibilidade jurídica da declaração, no bojo de um processo entre partes, da sua irreconciliabilidade com a lei maior.

Em suma, o cidadão é inteiramente excluído do sistema de controle da constitucionalidade das leis, para o qual se prevê uma legitimação de natureza oficial.

1.1. Da legitimação

Com efeito, somente os atores políticos de alta envergadura institucional têm legitimidade para participar do processo de controle da constitucionalidade das leis na França. Na versão original da Constituição de 1958, apenas o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os presidentes da Assembleia Nacional e do Senado podiam suscitar o exame da constitucionalidade de

uma lei perante o Conselho Constitucional. Era evidente a ineficácia do sistema naqueles primeiros anos de vigência da constituição, eis que naquela época o sistema político era relativamente monolítico, com o partido gaullista dominando inteiramente a cena política: seus líderes ocupavam a Presidência da República, a chefia de Governo e a presidência da Assembléia, só restando o Senado, que era e ainda é dominado por uma coalização de partidos centristas relativamente independentes dos gaullistas, mas necessariamente adversários dos partidários da esquerda. Era natural, portanto, em um quadro institucional como esse, que a jurisdição constitucional fosse uma mera fachada, com pouco ou quase nenhum desafio jurídico às normas postas em vigência sob a inspiração de uma maioria parlamentar avasaladora e de um Governo dela emanado.

Três fatores, no entanto, vieram modificar radicalmente os dados da questão nas décadas seguintes aos anos 60, dois de natureza essencialmente jurídica e um de cunho político-institucional.

1.2. A ampliação da legitimação para o exercício do controle

De fato, em 1974, o Presidente Giscard d'Estaing submeteu ao Parlamento um projeto de emenda constitucional que estendeu a 60 deputados ou a 60 senadores a legitimação para suscitar o controle da constitucionalidade das leis perante o Conselho Constitucional. Essa alteração teve o efeito de multiplicar o número de ações de inconstitucionalidade³, fazendo surgir a partir de então dois fenômenos por nós também conhecidos desde os primeiros anos de vigência da Constituição de 1958: a judicialização da política e a politização do Direito. Com efeito, a oposição de esquerda, que até então se mantivera à margem do processo político, passou a enxergar no controle de constitucionalidade um formidável instrumento de pressão política e de veiculação do seu descontentamento com a situação geral do país. Apoderou-se do controle de

constitucionalidade, passando a questionar perante o Conselho inúmeros atos normativos da Situação. Com isso, a participação no processo de controle de constitucionalidade passou a constituir o que muitos autores franceses consideram um verdadeiro “estatuto da oposição” ao poder político legitimamente investido. Noutras palavras, um instrumento de defesa e de expressão da minoria parlamentar.

1.3. A emergência do bloc de constitutionnalité

Outro fator que contribuiu imensamente para o aprimoramento do sistema foi a decisão proferida pelo Conselho Constitucional em 1971, em um caso envolvendo o direito constitucional de associação.

Até então, o Conselho usava como parâmetro do controle única e exclusivamente os 92 artigos da sintética Constituição promulgada em 1958. Nem mesmo o seu preâmbulo, rico sob o prisma principiológico, era tido como dotado de densidade normativa suficiente para servir de base ao controle de normas. Mas, a partir da mencionada decisão de 1971, o controle passou a ser efetuado não mais apenas em face do texto da Constituição, mas tendo como parâmetro o que a doutrina passou a qualificar como *bloc de constitutionnalité*, isto é, um catálogo de normas constitucionais e supraconstitucionais composto não apenas pelos 92 artigos da Constituição, mas igualmente pelo seu Preâmbulo, que por sua vez remete diretamente à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e ao Preâmbulo da Constituição de 1946, fonte de quase todos os direitos sociais fundamentais do país. O Conselho passou também a considerar como integrante do *bloc de constitutionnalité* os “princípios constitucionais reconhecidos pelas leis da República”, isto é, todo um catálogo de normas e princípios liberalizantes que o país adotou a partir de 1875, ou seja, desde quando se desvinculou definitivamente do sistema monárquico. Nos anos 80, incorporou uma nova catego-

ria normativa como norma de referência do controle, os chamados “princípios sociais, políticos e econômicos particularmente necessários ao nosso tempo”, os quais permitem uma constante atualização e compatibilização das vetustas concepções de 1789 com as idéias prevaletentes no tempo presente. Portanto, a criação do *bloc* ampliou sensivelmente as possibilidades do controle, na medida em que a obra ordinária do Parlamento passou a ser confrontada com normas supraconstitucionais de ambição e aceitação universais, muitas delas já fazendo parte da consciência político-filosófica de boa parte do mundo.

1.4. O surgimento na Quinta República de um verdadeiro sistema de alternância política

Por fim, com a subida da esquerda ao poder em 1981 e com a consagração de um verdadeiro sistema de alternância política, o controle jurisdicional de normas, que a princípio era repudiado por setores importantes do espectro político, especialmente pelos partidos de esquerda, adquiriu definitivamente as suas *lettres de noblesse*, passando a ser utilizado e aceito alternada e indistintamente por todos as vertentes políticas do país. Em suma, cresceu não só em intensidade, mas igualmente em credibilidade e visibilidade.

2. Do órgão controlador e das normas objeto do controle

Dando curso a uma tradição multissecular, a Constituição da Quinta República deu ao órgão titular da jurisdição constitucional a denominação de Conselho Constitucional, deixando de lado denominações mais adaptadas à função jurisdicional tais como Corte ou Tribunal⁴.

O Conselho Constitucional⁵ é composto por duas categorias de membros: os membros vitalícios (*membres de droit*) e os membros nomeados para um mandato de nove anos (*membres nommés*). Têm a qualidade de

membros vitalícios os ex-presidentes da República, aos quais a Constituição e a lei orgânica do Conselho Constitucional dão o privilégio de ter assento efetivo no Conselho, desde que observem um dever comum a todos os magistrados do país: o dever de reserva quanto às questões decididas na via jurisdicional. Noutras palavras, não lhes é permitido politizar nem publicizar o processo decisório e deliberativo do órgão, o que é extremamente difícil para políticos profissionais. Talvez por esse motivo, nenhum ex-presidente da Quinta República fez até hoje uso da faculdade constitucional de ter assento no Conselho Constitucional⁶. Ou seja, trata-se de previsão constitucional que caiu em desuso, não sendo raros os doutrinadores que pedem a sua abolição pura e simples.

Os membros nomeados são os que exercem na sua plenitude a função jurisdicional no seio do Conselho. Compõem um colegiado de nove membros, sendo três designados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado. O mandato tem a duração de nove anos, não permitida a recondução. A cada três anos são feitas três nomeações, uma por cada autoridade titular do direito de nomeação. A exemplo do que ocorre em outros sistemas de jurisdição constitucional, cabe ao Chefe de Estado nomear o Presidente do Conselho, respeitando, é claro, o prazo de duração dos respectivos mandatos. Assim, sempre que ocorrer a vacância do cargo de Presidente do colegiado, o Presidente da República terá duas opções: ou bem ele nomeia para o cargo um dos membros já em exercício, que exercerá a presidência até o fim do seu próprio mandato de nove anos, ou ele designa para o cargo de Presidente o novo membro a quem trienalmente ele tem direito de nomear, vindo este a ter o direito de dirigir o Conselho por todo o período de duração do seu mandato. Vale dizer, a prerrogativa que tem o chefe de Estado de nomear o presidente do Conselho Constitucional não o habilita a

substituir um presidente que esteja no exercício do cargo.

2.1. *Qualificação técnica*

A exemplo do que ocorre com diversos órgãos de cúpula da jurisdição constitucional, a começar pela Corte Suprema dos EUA, não se exige o diploma de bacharel em Direito para os membros do Conselho Constitucional. Isso talvez se explique pelo fato de que o Conselho foi concebido inicialmente como um órgão político de contenção do Parlamento, ramo todo-poderoso do poder tanto na Terceira (1875-1940) quanto na Quarta República (1946-1958). Pouquíssimos juristas contestam essa falta de exigência de qualificação jurídica, talvez confortados pelo fato de que o exame comparativo das cortes supremas e constitucionais mostra que pessoas de formação exclusivamente jurídica e com prática profissional restrita a essa área do conhecimento não são vocacionadas a exercer o monopólio sobre esse tipo de função constitucional, em razão do dogmatismo cego e da estreiteza de visão a que a exclusividade no exercício da profissão jurídica não raro conduz. A composição ideal das cortes constitucionais é, sem dúvida alguma, aquela que reúne um razoável número de profissionais experimentados oriundos do Poder Judiciário ou do Ministério Público, de professores universitários de primeira linha e de preferência versados em questões constitucionais e, por fim, de pessoas egressas da vida política, mas com sólidos conhecimentos na área administrativa, social, econômica e jurídica, mas não necessariamente ex-advogados militantes, pois o que conta aqui são a *largueur de vue* e a visão diferenciada em questões de Estado, que a vida política proporciona.

De qualquer sorte, a realidade mostra que a evolução político-constitucional da França nos últimos quarenta anos mudou completamente os dados da questão: o Conselho Constitucional não é mais um mero órgão de contenção dos arroubos e exorbitâncias políticas do Legislativo, causa maior

da instabilidade política que marcou as duas Repúblicas precedentes. Sua função primordial hoje é muito mais a de protetor dos direitos fundamentais. Essa mudança crucial na natureza das funções do Conselho fez-se acompanhar de uma perceptível alteração, tanto nos métodos de atuação do órgão, quanto no tipo de pessoas que passaram a nele ter assento ao longo do tempo. Assim, se é certo que nas primeiras composições do Conselho a predominância era de membros oriundos da classe política, um balanço geral do quadro de ex-membros do órgão mostrará que por ele passaram figuras exponenciais do mundo jurídico francês, tais como René Cassin, jurista mundialmente conhecido, figura-chave na reconstrução da paisagem jurídica internacional no pós Segunda Guerra, com passagens por funções-chave como a de vice-presidente do Conselho de Estado (a mais elevada autoridade jurisdicional do país na área do contencioso administrativo) e de membro da Corte Européia de Direitos Humanos; R. Lécourt, outro ex-membro da Corte Européia de Direitos Humanos; Marcel Waline e Georges Vedel, dois grandes expoentes do direito público europeu na segunda metade do século XX; Bernard Chénot, também ex-vice-presidente do Conselho de Estado; François Luchaire, Robert Badinter e Jacques Robert, publicistas eminentes, além de inúmeros outros respeitados profissionais do Direito.

Por outro lado, em sintonia com o processo evolutivo que transformou o Conselho Constitucional de órgão político em órgão jurisdicional, os profissionais do Direito paulatinamente também foram assumindo as rédeas da Instituição, ainda que sem exclusividade. Com efeito, segundo levantamento recente (ver FAVOREU et al, 2000, p. 306), dos 57 membros nomeados entre 1959 e 2000, cerca de 90% eram titulares de diplomas que dão acesso às carreiras de magistrado da justiça comum ou da justiça administrativa; 40% eram doutores em Direito e 20% professores efetivos das facul-

dades de Direito. Outro dado importante: quase um terço dos nomeados no mencionado período participaram de uma maneira ou de outra à elaboração da Constituição de 1958.

2.2. *Modernidade*

Num outro registro, mas bem ilustrativo de sua adaptação aos novos tempos e ao exemplo de outras cortes similares, o Conselho Constitucional, no ano de 2000, teve ocasião de ostentar uma façanha raríssima, qual seja, a presença em sua composição efetiva de 3 mulheres ao mesmo tempo: a Conselheira Noelle Lenoir, a primeira mulher a ter assento no órgão, nomeada em 1992; Simone Veil, ex-magistrada e ex-ministra de Estado, nomeada em 1998; e Monique Pelletier, nomeada em 2000. Ou seja, um terço da composição do órgão.

3. *Das Atribuições do Conselho Constitucional e dos atos suscetíveis de controle*

3.1. *Das atribuições extrajurisdicionais e semijurisdicionais*

Detentor exclusivo da jurisdição constitucional na França, o Conselho Constitucional, a exemplo de outras cortes constitucionais, é titular de algumas atribuições constitucionais que vão além da missão puramente jurisdicional. Cabe-lhe, por exemplo, velar pela regularidade jurídica das operações do *referendum*, instituto de longa sedimentação na vida institucional francesa, pelo qual o povo é chamado a participar diretamente da produção normativa do país, aprovando leis de natureza constitucional (emendas) e infraconstitucional. Noutras palavras, no exercício dessa missão constitucional, cumpre-lhe exercer o papel de “autenticador da expressão da vontade nacional” (FAVOREU, 2000, p. 311).

Ao Conselho Constitucional cabe ainda uma atividade bastante similar à que é exercida entre nós pela Justiça Eleitoral. Com efeito, figura entre as suas atribuições cons-

titucionais o controle da regularidade das eleições presidenciais e das eleições parlamentares, missão que, vista do ponto de vista do direito comparado, ele cumpre com bastante zelo, haja vista que não é incomum vê-lo decretar a perda de mandato parlamentar por vício no processo eleitoral, abuso do poder econômico ou ocorrência de incompatibilidade. Aliás, entre as suas atribuições, essa é a mais expressiva do ponto de vista quantitativo⁷ e é a que apresenta características típicas de uma jurisdição comum, com regras procedimentais rígidas, contraditório estrito etc.

Por fim, o Conselho exerce, a par das atividades tipicamente jurisdicionais do controle de constitucionalidade, duas atribuições da mais alta relevância, reveladoras do seu *status* constitucional elevado. Em primeiro lugar, nas situações de crise constitucional, o Chefe de Estado deve necessariamente consultá-lo antes de fazer uso dos poderes excepcionais que lhe são conferidos pelo famoso artigo 16 da Constituição de 1958. Em segundo, a ele é dada a prerrogativa de declarar pelo voto da maioria absoluta de seus membros a vacância do cargo de Presidente da República, em casos de impedimento, doença, incompatibilidade etc.

3.2. *Das competências tipicamente jurisdicionais*

No que diz respeito às competências tipicamente jurisdicionais, as atribuições do órgão são de ordem variada, umas de caráter preventivo e obrigatório, outras de caráter preventivo e facultativo e umas poucas outras de caráter facultativo e *a posteriori*.

A mais importante entre essas atribuições, o controle de constitucionalidade das leis, é a prevista nos artigos 54 e 61 da Constituição. De acordo com o artigo 61, cabe ao Conselho, em primeiro lugar, exercer o controle da conformidade constitucional das leis orgânicas (similares às nossas leis complementares) e dos regulamentos internos das Assembléias parlamentares. Trata-se de um controle preventivo e obrigatório, sem o

qual nenhuma dessas modalidades normativas adquire eficácia. Quanto às leis orgânicas, a explicação para essa obrigatoriedade do controle reveste-se de grande razoabilidade: por ser a constituição francesa bastante sucinta, o funcionamento efetivo de inúmeras instituições reguladas em termos genéricos no texto constitucional condiciona-se à sua disciplina de forma mais detalhada em nível de lei complementar. Já a obrigatoriedade do controle preventivo dos regulamentos das assembleias parlamentares encontra explicação na história constitucional da Terceira e da Quarta Repúblicas: era exatamente por meio de manobras regimentais duvidosas e de chicanas procedimentais que as Assembleias francesas conseguiam bloquear o funcionamento regular de instituições políticas vitais em regime parlamentar, tais como a moção de censura e a dissolução do Parlamento. Com isso, impunham de forma prepotente a sua vontade ao Executivo, criando instabilidade governamental e desequilíbrio institucional, quase operando, assim, a conversão do regime parlamentar em “regime de assembleia”⁸. Assim, para evitar que o funcionamento regular das instituições continuasse a ser deturpado pelas manobras e chicanas conduzidas pelas lideranças parlamentares, a Constituição de 1958 instituiu o chamado “parlamentarismo racionalizado” (ver CRUZ, 1999), isto é, um regime parlamentar disciplinado por regras rígidas de relacionamento entre o Executivo e o Legislativo. Entre essas regras rígidas, especial atenção passou a ser dedicada aos regimentos do Senado e da Assembleia Nacional, pois era por meio da manipulação de suas normas que o Legislativo conseguia chantagear e impor a sua vontade ao Executivo. Daí a obrigatoriedade, instituída pela Constituição de 1958, do exame obrigatório e preventivo dos regimentos antes da sua entrada em vigor.

Por outro lado, com base nos artigos 54 e 61, alínea 1, o Conselho examina, mediante ação de iniciativa de uma das autoridades

constitucionais legitimadas, a compatibilidade com a Constituição de dois tipos distintos de atos normativos: a lei ordinária votada pelo Parlamento e os tratados internacionais. No caso da lei ordinária, após sua votação regular pelas duas Casas do Parlamento, mas antes da promulgação, o Conselho verifica, mediante provocação, a sua compatibilidade com a Constituição. Constatada a inconstitucionalidade, nasce um empecilho intransponível à promulgação e, por via de consequência, à entrada em vigor da lei. Ao Parlamento só restará alterar a lei, escoimando-a dos dispositivos incompatíveis com o texto constitucional, ou simplesmente desistir da sua aprovação. Já no que diz respeito aos tratados internacionais, toda vez que o Conselho Constitucional constata, no curso da sua atividade de controle da constitucionalidade, que um determinado tratado negociado pelo Governo traz em seu bojo uma cláusula que se choca com algum dispositivo constitucional, a ratificação do instrumento normativo internacional fica suspensa até que se promova a alteração constitucional necessária à compatibilização entre as duas categorias normativas.

Essas são as duas modalidades de controle constitucional mais freqüentes, as que compõem nos dias atuais o essencial das atividades jurisdicionais do Conselho, excetuada a atividade de controle jurisdicional do processo eleitoral de escolha do Presidente da República e dos membros do Parlamento. Mas o controle de constitucionalidade francês não se esgota aí. Contrariamente ao que se pensa, o Conselho Constitucional exerce ainda um outro tipo de atividade jurisdicional bem específico, fruto das inovações estruturais que a Constituição da Quinta República ousou implantar.

Com efeito, entre as novidades institucionais da Quinta República francesa, figura uma inovação que à época foi vista como uma verdadeira “revolução jurídica”: a separação rígida entre o que é do “domínio da lei” e o que é do “domínio do regulamento”.

Segundo esse esquema de separação de competências normativas previsto na Constituição, o Parlamento tem competência para legislar somente sobre as matérias explicitamente elencadas no artigo 34 da Constituição⁹. Tudo o que sobejar à enumeração do artigo 34 pertence à esfera, ao “domínio”, do Regulamento, ou seja, inclui-se na alçada normativa do Executivo. Em realidade, muitas dessas “inovações” foram instituídas com o objetivo único de levar a cabo o apoucamento do poder Legislativo e de fortalecimento do Executivo. Em virtude dessa separação dos domínios legislativo e regulamentar, cabe ao Conselho Constitucional intervir para dizer o que é da alçada do Legislativo e o que é da alçada do Executivo, cumprindo assim uma das missões clássicas da justiça constitucional – o deslinde de conflitos de competência entre órgãos constitucionais soberanos.

O Conselho Constitucional desincumbe-se dessa missão específica em duas situações distintas: *a priori*, em caráter preventivo, e *a posteriori*, isto é, após a entrada em vigor da lei. A intervenção *a priori* se dá no curso do processo legislativo. Com efeito, se ao longo da discussão e deliberação de um projeto de lei de iniciativa parlamentar ficar constatado que a respectiva proposta legislativa não é do domínio da lei ou incide sobre matéria objeto de uma delegação legislativa outorgada pelo Parlamento ao Executivo, este pode opor-se à aprovação do projeto por meio de uma moção de *irrecevabilidade*, isto é, uma moção impeditiva da deliberação do projeto. Acolhida a moção pela respectiva Casa Legislativa, o projeto sai da pauta de deliberação. Mas, se o presidente da Assembléia interessada se opuser à moção, estará caracterizado o litígio constitucional para cujo deslinde o Conselho Constitucional será chamado a intervir por qualquer um dos dois litigantes (o Legislativo ou o Executivo), devendo tomar sua decisão num prazo de oito dias.

A “revolução jurídica” de 1958 deu margem, como era de se esperar, a questões cons-

titucionais complexas, para cujo deslinde era indispensável a existência de um órgão competente para o exercício da jurisdição tipicamente constitucional. Por exemplo: em que categoria normativa passariam a se enquadrar após 1958 as leis votadas pelo Parlamento anteriormente à vigência da Constituição, tratando de matérias que após essa data passaram a integrar o domínio regulamentar? Como proceder à alteração dessas leis a partir de 1958?

Aí é que entra a outra variante do controle de constitucionalidade francês, de tipo especialíssimo e exercida *a posteriori*. É o procedimento de “delegalização”, previsto no artigo 37, alínea 2, da Constituição. Com efeito, a Constituição estabelece (art. 37) que as matérias não incluídas explicitamente no domínio da lei passariam a ter natureza regulamentar após a vigência da Constituição. Assim, se uma determinada matéria foi disciplinada antes de 1958 por via legislativa e após 1958 essa matéria passou para o domínio regulamentar, sua alteração por decreto do Executivo passou a ser constitucionalmente viável após a vigência da Constituição. Mas, após 1958, se o Parlamento decidir disciplinar uma matéria agora incluída no âmbito da competência regulamentar, o Executivo pode alterar o respectivo ato normativo por decreto, desde que o Conselho Constitucional declare que aquela norma tem, em realidade, um caráter eminentemente regulamentar. Em outras palavras, por meio do procedimento de “delegalização”, o Conselho decide, em caráter definitivo, se uma determinada norma legal tem natureza de lei em sentido material ou de lei em sentido formal. Decidindo-se pela última hipótese, o Conselho chancela a modificação da norma pelo Executivo por meio de decreto.

Em resumo, a ação jurisdicional do Conselho Constitucional se exerce sobre atos normativos específicos, expressamente elencados na Constituição. Trata-se de controlar a compatibilidade vertical com a Constituição de atos de conteúdo normativo di-

verso. Em primeiro lugar, da lei propriamente dita, expressão da vontade nacional como já dizia Rousseau. Em se tratando de lei ordinária, o controle é facultativo, isto é, depende da iniciativa das autoridades constitucionalmente legitimadas, tanto no que diz respeito ao controle propriamente dito quanto no que pertine à chamada *delegalisation*. Cogitou-se num certo momento de se modificar a Constituição para permitir ao Conselho a possibilidade de decretar a sua *auto-saisine*, isto é, o poder de iniciar ele próprio, de ofício, o procedimento de controle. Tal proposta, porém, não foi adiante. Em segundo lugar, o controle se exerce de forma obrigatória e automática sobre as leis orgânicas e sobre os regulamentos internos das assembleias parlamentares. Por fim, existe ainda o controle (mediante iniciativa de um dos legitimados) dos tratados internacionais, podendo esse controle ter como objeto tanto o texto do tratado em si quanto a lei do Parlamento que o ratifica.

3.3. *Dos atos normativos imunes ao controle*

Algumas modalidades normativas escapam, contudo, ao controle de normas exercido pelo Conselho Constitucional. Esse é o caso, por exemplo, das leis oriundas da vontade popular – as chamadas “leis referendárias”. Adotando uma interpretação estrita do texto constitucional, e pretendendo com isso veicular a mensagem de que somente os atos do Parlamento, isto é, do poder constituído, seriam suscetíveis de modificar de forma nociva a estrutura e o equilíbrio entre os poderes, o Conselho já decidiu, por duas vezes, que a lei aprovada por referendo não se enquadra no conceito de “lei” a que se refere a Constituição para efeito de controle de constitucionalidade. Noutras palavras, as modificações trazidas ao ordenamento jurídico pela manifestação do povo soberano não podem ser coarctadas por autoridades jurisdicionais. Trata-se, pois, de atos imunes ao controle jurisdicional.

São também imunes à jurisdição constitucional os atos normativos (*ordonnances*) editados pelo Executivo em razão de delegação legislativa outorgada pelo Parlamento. Tecnicamente, essa imunidade ao controle de constitucionalidade se explica pelo fato de que, na França, antes de sua convalidação pelo Legislativo, a norma objeto de delegação tem hierarquia idêntica à do regulamento. Por via de consequência, é uma norma que se submete ao controle da jurisdição administrativa, tanto pelas vias ordinárias quanto pela via especial do *recours pour excès de pouvoir*. Ao Conselho de Estado, órgão de cúpula do contencioso administrativo, cabe, com efeito, o controle em última instância da compatibilidade entre o regulamento e a lei (controle de legalidade), ao Conselho Constitucional restando a incumbência exclusiva de verificar a compatibilidade entre a lei e a constituição (controle de constitucionalidade). Somente no momento de sua aprovação por lei pelo Parlamento é que tais *ordonnances*, convertidas em lei material, podem ser objeto de controle de constitucionalidade¹⁰.

São também imunes ao controle do Conselho Constitucional as emendas constitucionais. O Conselho já se manifestou nesse sentido por duas vezes. Uma delas ocorreu por ocasião da ratificação do Tratado constitutivo da União Européia (Tratado de Maastricht, posteriormente alterado pelo Tratado de Amsterdam). Acionado por um grupo de mais de sessenta Senadores que impugnavam o Tratado por considerá-lo atentatório à soberania nacional, o Conselho Constitucional decidiu que o referido tratado era, efetivamente, contrário à Constituição. Em razão dessa decisão, foi dado início ao procedimento constitucional de emenda à Constituição, para harmonizá-la com as novas disposições contidas no tratado. Aprovada a emenda à Constituição, foi esta por sua vez impugnada perante o Conselho Constitucional, que no entanto rechaçou a ação, no entendimento de que o poder constituinte é soberano, exceto no que diz res-

peito às limitações temporais, formais e materiais à reforma da Constituição. Em suma, inexistente na França, como de resto na maior parte das grandes democracias ocidentais, controle de constitucionalidade de emendas constitucionais.

3.4. Controle de constitucionalidade da lei já promulgada

Em princípio, como já vimos, a lei promulgada não pode mais ser objeto do controle de constitucionalidade. Entretanto, duas decisões do Conselho Constitucional, uma de 1985 e outra de 1999, vieram abrir uma brecha nesse edifício teórico erguido em torno do princípio segundo o qual somente as leis aprovadas pelo Parlamento mas ainda não sancionadas pelo Presidente da República podem ser objeto do controle. Com efeito, nessas duas decisões o Conselho declarou ser possível o reexame da constitucionalidade de uma lei já promulgada, por ocasião do controle de uma lei posterior que a modifica. Tal controle *a posteriori* já foi levado a efeito quatro vezes desde 1985 e isso pode ser visto como indicativo de uma tendência evolutiva do controle de tipo francês. Dessa evolução defluiu necessariamente uma conclusão lógica que, no entanto, não se acha explicitada no texto constitucional: a de que a jurisprudência do Conselho Constitucional se impõe a todos os poderes públicos, exceto a ele mesmo. Isso, naturalmente, viabiliza a evolução da jurisprudência, permitindo a sua adaptação à rápida e constante evolução da sociedade.

4. Do procedimento e das decisões

Tratar do procedimento observado perante o Conselho Constitucional implica necessariamente dissertar sobre a legitimação para agir, sobre os prazos, sobre os requisitos indispensáveis à formalização e ao desenvolvimento da ação, bem como sobre alguns aspectos das decisões propriamente ditas.

4.1. Da legitimação

Cerca de quatorze categorias diferentes de autoridades e pessoas têm legitimação para acionar o Conselho Constitucional para fins de exercício de uma das suas múltiplas atribuições constitucionais. Esses legitimados vão desde o Presidente da República, Primeiro-Ministro, Deputados e Senadores até os candidatos a cargos eletivos, o eleitor, o Ministério Público, o *Préfet*¹¹, as mesas e os presidentes das assembleias. A legitimação se justifica em função do tipo de manifestação que se pede ao Conselho. No que diz respeito ao controle de constitucionalidade propriamente dito, como já dissemos, são legitimados o Presidente, o Primeiro-ministro, os presidentes do Senado e da Assembleia Nacional e, desde 1974, sessenta deputados ou sessenta senadores.

4.2. Dos prazos

Como já dissemos, o modelo de jurisdição constitucional adotado pela Constituição francesa de 1958 reúne formas diversas de intervenção do órgão titular da jurisdição constitucional. Variam, por conseguinte, os prazos para as diversas modalidades de controle. Pode-se falar basicamente em dois tipos de prazos: a) prazos para submissão do ato normativo ao controle do Conselho, ou seja, prazos para o desencadeamento do processo de controle; b) prazo dentro do qual deve ser proferida a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Há situações, porém, em que não há qualquer exigência de prazo.

Vejamos inicialmente as hipóteses de controle de constitucionalidade obrigatório, isto é, o controle das leis orgânicas e o dos regimentos internos das assembleias parlamentares. Cumpre saber inicialmente em que momento o ato normativo deve ser submetido ao crivo do Conselho. Em se tratando de leis orgânicas, o prazo para propositura da ação constitucional é de 15 dias, a contar da data de aprovação final do projeto de lei pelo Parlamento e sempre antes da

sua promulgação pelo chefe de Estado. Quanto ao prazo para proferir a decisão, em princípio, nessa modalidade de controle, o Conselho tem 30 dias para deliberar e decidir, mas esse prazo pode ser encurtado para 8 dias, caso o Primeiro Ministro manifeste expressamente um pedido de urgência. Essas regras de prazo para julgamento também se aplicam ao controle obrigatório dos regimentos internos das assembleias parlamentares. Já quanto ao prazo de propositura da ação constitucional no caso dos regimentos, as soluções são menos evidentes. De fato, como os regimentos internos das assembleias não se submetem à sanção do Executivo, e como não é nada incomum que haja incerteza quanto à data exata de entrada em vigor de um ato normativo dessa natureza, dúvidas podem ocorrer quanto aos momentos inicial e final do prazo de propositura dessa modalidade específica de ação de inconstitucionalidade. Um regimento interno pode ser aprovado numa legislatura para entrar em vigor somente na seguinte ou numa outra data qualquer. O certo, porém, é que cabe ao presidente da Assembleia comunicar ao Conselho Constitucional a aprovação de um novo regimento, transmitindo-lhe o texto respectivo. Feita essa comunicação, começa a correr o prazo para o exame do ato normativo, exame esse que é condição inafastável de eficácia do regimento.

Quanto às leis ordinárias, também é de quinze dias o prazo para que os legitimados possam fazer uso da faculdade constitucional de acionar o Conselho. Nesse caso, a exemplo do que ocorre no controle das leis orgânicas, votada uma lei pelo Parlamento e uma vez ajuizada a ação impugnando-a por incompatibilidade com a Constituição, surge o efeito jurídico imediato da propositura da ação constitucional: a suspensão do prazo de promulgação da lei, que é de quinze dias (art. 10)¹². O prazo para o Conselho proferir sua decisão é de trinta dias, também com possibilidade de redução para oito dias, em caso de urgência.

No que concerne aos tratados internacionais, o prazo de propositura da ação de inconstitucionalidade é fruto de construção jurisdicional, já que a Constituição e a lei orgânica relativa à organização e ao funcionamento do Conselho Constitucional são silentes a esse respeito. Com efeito, por meio de um julgado proferido em 1992¹³, o Conselho Constitucional decidiu que o desencadeamento do procedimento de controle da constitucionalidade de um instrumento normativo internacional pode se dar assim que o ato tenha sido assinado “em nome da República francesa”. Decidiu também que o exercício do direito de ação constitucional nesse caso deve necessariamente preceder à internalização do texto objeto da negociação internacional no ordenamento jurídico do país. Na prática, isso quer dizer que a ação constitucional pode ser proposta tanto antes quanto no curso do procedimento legislativo de ratificação do tratado. O prazo para o Conselho decidir é o mesmo previsto para o controle das leis ordinárias.

Por fim, em razão da sua própria especificidade, o tratamento dos prazos é diverso no que diz respeito à hipótese de controle de constitucionalidade *a posteriori*. De fato, no que pertine à hipótese de controle para fins da chamada “delegalização”, a colocação em marcha da jurisdição constitucional não se submete a prazos explícitos. Com efeito, se o Executivo decidir alterar por decreto uma lei que cuida de matéria que, segundo a Constituição, insere-se no domínio do regulamento, a alteração somente poderá efetivar-se se o Conselho Constitucional decidir que aquele tema, de fato, pertence ao domínio regulamentar e não ao domínio da lei. Nesse caso, o ajuizamento da ação pelo Primeiro-ministro deve ocorrer necessariamente antes da alteração da norma, mas não há prazo específico para tanto. Na prática, o Conselho Constitucional pode ser chamado a qualquer tempo para dizer se um texto legislativo pertence materialmente ao domínio da lei ou do regulamento, mesmo depois de passados muitos anos da promulgação da lei.

4.3. *Dos requisitos de propositura da ação e da sua evolução procedimental*

O exercício do direito de ação perante o Conselho Constitucional é bastante simplificado, apresentando algumas discrepâncias em relação às exigências previstas nas jurisdições administrativa e comum. Totalmente gratuita¹⁴, a jurisdição constitucional francesa isenta os legitimados do pagamento de qualquer tipo de despesa processual, bem como da representação por advogado, o que é bastante salutar nessa modalidade de jurisdição. As petições dos legitimados podem tomar a forma de simples carta-ofício, tanto no formato individual quanto no coletivo. Assim, em se tratando de ação de autoria parlamentar, instaura-se a jurisdição por intermédio de uma única carta-ofício contendo as sessenta assinaturas exigidas, ou por meio de sessenta cartas individualizadas. Em razão da dispensa do ministério de advogado, a motivação da petição é facultativa: basta indicar os dispositivos considerados contrários à Constituição¹⁵. O Conselho Constitucional, por seu turno, não restringe o seu exame nem à motivação eventualmente feita pelos autores nem aos dispositivos por eles apontados como contrários à Constituição. Com efeito, pode ocorrer de os requerentes indicarem um determinado dispositivo da lei como contrário à Constituição e o Conselho proclamar a constitucionalidade do dispositivo apontado, e ao mesmo tempo declarar a inconstitucionalidade de outros dispositivos da lei não apontados pelos requerentes. Ou seja, mesmo que a impugnação feita pela autoridade legitimada incida sobre uma parte da lei, a decisão do Conselho poderá incidir sobre a integralidade do texto. Da mesma forma, podem os requerentes indicar como parâmetro do controle um determinado componente do *bloc de constitutionnalité* e o Conselho declarar a inconstitucionalidade da norma por incompatibilidade com um outro princípio ou dispositivo não apontado na petição.

Proposta a ação constitucional por um dos legitimados ou comunicada a aprovação pelo Parlamento de um ato normativo submetido ao controle obrigatório de constitucionalidade, a arguição passa por um exame prévio de admissibilidade em se tratando de hipótese de controle facultativo. Declarada a inadmissibilidade de uma ação por qualquer motivo, essa decisão é definitiva, eis que as decisões do Conselho Constitucional são irrecorríveis e não suscetíveis de exame por qualquer outro órgão jurisdicional. Declarada admissível, cabe ao Presidente do Conselho Constitucional designar um relator para o caso. Aqui, a exemplo do que ocorre em outras Cortes Constitucionais ou Supremas, a começar pela Corte Suprema dos EUA, tem-se um exemplo do poder extraordinário que detém o presidente do colegiado, consistente na prerrogativa discricionária (costumeira, eis que não prevista nos textos) de poder escolher o relator, contrariamente, por exemplo, ao sistema vigente no Brasil – em que o relator é escolhido de forma aleatória, por sorteio. Embora quase não o faça, o Presidente pode até mesmo autodesignar-se relator. Em regra geral, as indicações para relatoria são feitas em função das especialidades técnicas de cada membro do Conselho¹⁶. Indicado o relator para um determinado caso, seu nome, porém, não é tornado público. Essa praxe da confidencialidade do nome do relator tem como objetivo caracterizar a natureza coletiva e impessoal da decisão, bem como subtrair o relator de eventuais pressões – econômicas, políticas, religiosas etc.

4.4. *Das regras procedimentais*

Como já dissemos, o procedimento observado perante o Conselho Constitucional reveste-se de uma certa informalidade. No que diz respeito, por exemplo, ao controle das leis orgânicas e dos regimentos das assembleias, não há qualquer exigência de observância do princípio do contraditório. Talvez isso se explique pelo fato de tratar-se de um controle objetivo, automático, obriga-

tório, inteiramente desvinculado de conflitos de interesses intersubjetivos¹⁷. Tampouco há contraditório no procedimento de “delegalização” previsto no artigo 37.2 da Constituição, que também tem natureza objetiva e pertine à divisão de competências entre Legislativo e Executivo.

Já no que diz respeito ao controle facultativo das leis ordinárias, consolidou-se na prática do Conselho um arremedo de contraditório que pode ser assim resumido: proposta a ação de inconstitucionalidade e ultrapassada a fase de admissibilidade, é feita uma notificação da sua propositura às demais autoridades detentoras da legitimidade para desencadear o contencioso constitucional (Presidente da República, Primeiro-ministro e Presidentes das Assembléias parlamentares). Por seu turno, os Presidentes das assembléias dão ciência da propositura da ação aos respectivos membros. A notificação do Presidente da República se explica pelo fato de que a admissibilidade da ação implica suspensão automática do prazo de promulgação da lei. Já a informação da propositura ao Primeiro-Ministro tem várias explicações: em primeiro lugar, por ser ele o chefe do Governo, que tem imensa e cotidiana interferência no processo parlamentar; em segundo, porque é dele a iniciativa da maioria esmagadora de todas as leis aprovadas pelo Parlamento; e, por último, por encontrar-se sob as suas ordens uma autoridade-chave de todo o esquema de poder na França: o secretário-geral do Governo, uma espécie de correia de transmissão entre a Presidência da República, o Gabinete e o Parlamento. Na prática, é o Secretário-geral do Governo¹⁸ quem faz a “defesa” da lei impugnada por inconstitucionalidade – um costume constitucional bastante criticado nos dias atuais (ver JAN, 2001, p. 473).

O certo é que a não-previsão nos textos de um procedimento contraditório mais rígido e estruturado é fruto da circunstância de que não há, de fato, direitos subjetivos envolvidos nesse tipo de controle de normas. O que passou a ocorrer, especialmente

a partir da emenda de 1974, foi um maior interesse político na declaração de inconstitucionalidade dessa ou daquela medida governamental ou parlamentar concretizada em lei. Em razão dessa “judicialização do processo político” e da correspondente “politização do Direito”, cresceu em importância o problema da observância do contraditório. Sinal evidente disso pode ser constatado nos arrazoados que acompanham as petições, que ganharam em volume e sofisticação.

Feita a defesa do ato normativo por quem de direito (na maioria dos casos, o Secretário-Geral do Governo, em nome deste, mas também os presidentes das assembléias parlamentares em se tratando de lei de iniciativa parlamentar), não é incomum que os autores da ação façam uso do direito de réplica (*mémoire ampliatif de la saisine*), a fim de combater os argumentos alinhados na defesa do ato. Tudo isso, claro, tem caráter bastante informal, já que é facultativa a apresentação de peças jurídicas, seja na fundamentação da ação seja na defesa do ato normativo. A seguir, o Conselho Constitucional publica no Diário oficial a íntegra da lei, acompanhada dos arrazoados jurídicos que dão sustentação tanto à ação de inconstitucionalidade quanto à defesa do ato normativo impugnado. Tal publicação, incomum na prática jurisdicional comparada pela sua extensão, abrangendo a totalidade das peças do debate contraditório, reduz sensivelmente, para alguns, a força e a credibilidade de uma crítica que era frequentemente feita à práxis jurisdicional do Conselho Constitucional: a de ser um órgão jurisdicional envolto em segredo!

O Relator, cujo poder de instrução é de natureza inquisitorial, ao proceder à instrução do feito, toma às vezes a iniciativa de ouvir os dirigentes dos órgãos destinatários da norma questionada ou pessoas que de alguma forma estiveram envolvidas na sua elaboração. Não raramente são também ouvidos pelo Relator os argumentos técnicos dos representantes dos órgãos envolvi-

dos. Ele pode também convocar e interrogar as autoridades cuja atuação funcional tenha pertinência com o texto impugnado, colher a opinião de *experts* na matéria tratada pela lei. Mas todas essas consultas são informais, elas não estão previstas nas normas constitucionais e legais do contencioso constitucional. Em suma, são costumes constitucionais que se desenvolveram ao longo dos últimos quarenta anos.

Se a informalidade é um dado inegável no que diz respeito às regras procedimentais, o Conselho consagra um rigor todo especial à constituição daquilo que se convencionou chamar de *dossier de travail* do processo constitucional, isto é, a documentação anexa preparada pelo secretariado do Conselho e que serve de apoio às deliberações do órgão jurisdicional. Esse *dossier de travail* compreende uma enorme variedade de documentos, incluindo desde os respectivos projetos de leis e as atas dos debates parlamentares até a jurisprudência de Cortes estrangeiras, da Corte Européia de Direitos Humanos, da Corte de Justiça das Comunidades Européias, das jurisdições administrativa e comum sobre o assunto em discussão. Embora não haja previsão legal da figura do *amicus curiae*, são incluídas no *dossier de travail* as observações favoráveis e contrárias à lei formuladas por pessoas físicas e jurídicas, por associações e outras instituições que se interessem pela questão constitucional em debate.

Assim, concluída a instrução e elaboração do relatório, o Relator leva o caso ao Plenário para deliberação com os demais membros do Conselho, que decidem secretamente, sem a presença de quem quer que seja.

4.5. Das decisões

As decisões do Conselho Constitucional têm efeito *erga omnes*, pois nos termos do art. 62 da Constituição elas “se impõem aos poderes públicos”. Se é certo que nos primeiros anos da Quinta República houve dúvidas sobre a eficácia desse dispositivo constitucional em razão de o Conselho Cons-

titucional ser um órgão externo às duas outras ordens de jurisdição e por isso mesmo não dispor de meios processuais de impor suas decisões, hoje essas dúvidas desapareceram completamente, e tanto a Corte de Cassação quanto o Conselho de Estado observam fielmente as decisões do Conselho.

No seu aspecto formal, as decisões do Conselho são bastante semelhantes às das outras jurisdições do país. Ao contrário da tradição do nosso STF e da Corte Suprema dos EUA, em que as decisões tomam a forma dissertativa, na França elas são redigidas e motivadas sob a forma de “consideranda”, “visto que”, “atendendo a que”, para só então concluir-se com o dispositivo da decisão. Os “consideranda” e “vistos” integram o conteúdo da decisão. Esse método, para quem não é com ele familiarizado, dificulta sensivelmente a compreensão do conteúdo da decisão.

Num primeiro momento, as decisões do Conselho eram bastante sucintas, seguindo aliás a tradição jurisdicional do país. Na França, é comum dizer-se que, em matéria jurisdicional, “*la concision est la règle d’or*”. Mas, nas últimas duas décadas, as decisões do Conselho Constitucional tornaram-se bastante longas, algumas com cerca de cem “consideranda”.

A exemplo das demais cortes constitucionais européias, bem como do nosso STF, o Conselho Constitucional utiliza com bastante frequência a técnica da interpretação conforme (*décision de conformité sous réserve d’interprétation*)¹⁹. Por meio dessa técnica, o órgão jurisdicional emite uma decisão de conformidade da lei com a Constituição, desde que aplicada única e exclusivamente no sentido estipulado no julgado. São decisões que, no dizer do Professor FAVOREU, têm conteúdo “constutivo, neutralizante ou diretivo”, por elas são emitidos comandos interpretativos precisos em direção ao intérprete ou aplicador da lei, que assim somente poderá aplicá-la em conformidade com as diretrizes interpretativas fixadas na decisão jurisdicional.

Não é incomum encontrar nas decisões do Conselho toda uma gama de conceitos e princípios desenvolvidos ao longo de décadas pela jurisdição administrativa, tais como o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, as teorias do desvio e do excesso de poder, do erro manifesto de apreciação, do custo e benefício, e a dos princípios gerais do direito.

5. Síntese da obra jurisprudencial do Conselho Constitucional

A Constituição da Quinta República francesa foi promulgada em um momento de profunda crise política, em meio a uma guerra colonial (Guerra da Argélia). Esse fato, somado às concepções políticas do líder político incontestável que inspirou e comandou todo o processo de sua elaboração (General Charles de Gaulle), fez com que o texto constitucional aprovado em 1958 trouxesse em seu bojo diversas inovações constitucionais de natureza autoritária e potencialmente liberticidas, como é o caso da separação entre os domínios da lei e do regulamento, do aviltamento do papel do Parlamento e a existência do famoso art. 16, que permite ao Chefe de Estado, em tempo de crise institucional grave, a absorção de competências específicas dos três Poderes estatais.

Boa parte do prestígio e da credibilidade de que goza hoje o Conselho Constitucional vem do fato de que ao longo do tempo a sua jurisprudência teve o efeito de mitigar, e em alguns casos de eliminar, a aspereza de certas inovações trazidas pela Constituição.

De fato, até 1958 era consenso constitucional inquestionável o entendimento de que em matéria de direitos fundamentais o Parlamento é senhor absoluto. Ou seja, de acordo com essa antiga visão, a obra de criação e proteção aos direitos fundamentais seria tarefa da alçada do Legislativo. O Conselho Constitucional, paulatinamente, fez ver aos franceses que não raro a própria lei “pode ser liberticida”. Por essa razão, deve

ser exercida sobre ela uma vigilância cerrada, de modo a impedir que o legislador, suposto protetor das liberdades fundamentais, exceda-se e finde por violá-las. Mas o paradoxo da obra do Conselho Constitucional nesse domínio reside no fato de que, ao mesmo tempo em que ele exerceu essa constante vigilância sobre o Parlamento, desautorizando-o e tolhendo-lhe as ações, soube também “reforçar” o papel institucional do Legislativo, alargando-lhe as competências, retirando-o do confinamento institucional aviltante no qual os constituintes de 1958 quiseram situá-lo. Soube, sobretudo, erguer-se à condição de protetor das liberdades fundamentais, interpondo-se e contendo os arroubos da maioria parlamentar.

O primeiro passo dado pelo Conselho rumo a essa sua nova função protetora dos direitos fundamentais foi dado em 1971 (ver FAVOREU; PHILLIP, 1997, p. 249; TURPIN, 1997, p. 33), com a célebre decisão *Liberté d'association*, pela qual ele instituiu o chamado *Bloc de constitutionnalité*, afirmando expressamente que a lei, por ser expressão de uma determinada maioria política, emanando na maioria das vezes do próprio Executivo (ver TURPIN, 1998, p. 1837), como é rotineiro em regime parlamentar, pode ser atentatória aos direitos do cidadão. Incoerente, portanto (ver TURPIN, 1998, p. 1837), era a concepção até então predominante de que à lei e ao Parlamento incumbiria a proteção das liberdades do cidadão. Diante dessa incongruência fundamental, o Conselho concebeu a idéia de um bloco de constitucionalidade²⁰, ou seja, um conjunto de normas e princípios de gênese e origem diversas, aos quais ele passou a conferir status idêntico ao das normas constitucionais, impondo ao legislador a observância estrita desse *bloc*. Em suma, impôs ao Legislador, à míngua de textos explícitos nesse sentido, uma verdadeira *Charte jurisprudentielle des libérés*, suprindo assim a lacuna verificada no texto original da Constituição que, como já dissemos, foi negligente quanto a esse aspecto, talvez em decorrência das cir-

constâncias excepcionais em que se deu a sua elaboração.

Destaca-se, nesse movimento de afirmação institucional iniciado em 1971, a constitucionalização dos chamados “princípios fundamentais extraídos das leis da República”. Tratou-se, nesse caso específico, da promoção ao *status* de norma constitucional de toda uma gama de direitos fundamentais instituídos pelo legislador infraconstitucional durante o período considerado “a idade de ouro das liberdades públicas” (a 3ª República, 1875-1940). Tais direitos, jamais inseridos em uma norma constitucional formal naquele período, embora já há longo tempo inteiramente consolidados na prática social, correriam o risco de alteração ou de revogação súbita por parte do poder constituído, se o Conselho Constitucional não os tivesse alçado a um patamar normativo superior, conferindo-lhes uma proteção reforçada. Noutras palavras, o Conselho converteu em cláusula pétreia, insuscetível de modificação pelo legislador infraconstitucional, todo o repertório legislativo²¹ promulgado entre o fim do século XIX e as quatro primeiras décadas do século XX, normas essas que em última análise simbolizaram a conversão do país em uma plena democracia.

Na esteira dessa nova postura jurisprudencial de monitoramento constante do legislador infraconstitucional, o Conselho promoveu ao longo dos anos a conciliação entre princípios e direitos constitucionais *a priori* antagônicos tais como o direito de greve e o princípio da continuidade do serviço público; entre o princípio do pluralismo e da liberdade de imprensa; entre a preservação da ordem pública e o exercício das liberdades individuais.

Por outro lado, por meio da jurisprudência denominada *cliquet anti-retour* (ou “proibição de retrocesso”), o Conselho decidiu que, em matéria de direitos fundamentais, o legislador só pode intervir com o objetivo de torná-los mais efetivos, jamais para suprimi-los ou diminuir-lhes o alcance²².

Em suma, numa ruptura brusca com as idéias de Rousseau e de outros pensadores iluministas que forjaram as bases filosóficas da grande revolução de final do século XVIII e do constitucionalismo que se seguiu, o Conselho Constitucional findou por “dessacralizar” a lei, reconhecendo que a lei, embora sendo a “expressão da vontade nacional”, pode muitas vezes ser fonte de injustiça.

O Direito francês, que até os anos 70 ainda se revelava conservador, insular e extremamente apegado às tradições, vem se ajustando aceleradamente à evolução do tempo e das mentalidades, graças à própria evolução da sociedade civil e do sistema político como um todo, mas também sob o influxo da jurisdição constitucional. É notável o caráter progressista de certas decisões proferidas pelo Conselho, especialmente no domínio das liberdades fundamentais vinculadas às chamadas *questions de société*. É o caso, por exemplo, da decisão de 1975 que considerou constitucional a prática do aborto, reconhecendo o princípio do respeito de todo ser humano desde o começo da vida (o que não se aplica aos embriões, considerados “simples pessoas humanas em potencial”) e ao mesmo tempo autorizando as mulheres, *en situation de détresse*, a exercer o direito de aborto, ficando os médicos livres para atender ou não o pedido, segundo suas próprias convicções, mas proibida a recusa aos hospitais. É o caso, também, da decisão que validou a lei que instituiu o Pacto Civil de Solidariedade (PACS), uma denominação eufemística para caracterizar a proteção da lei à união livre entre pessoas, inclusive do mesmo sexo, que gozam agora de proteção reforçada tanto no plano fiscal quanto no que diz respeito à fruição dos direitos sociais, sem contar o direito estendido ao companheiro do mesmo sexo de permanecer no imóvel alugado após a morte do outro companheiro.

A jurisprudência do Conselho Constitucional é responsável pelo surgimento de um fenômeno notável em todos os países dotados de jurisdição constitucional e particu-

larmente expressivo entre nós: a constitucionalização da ordem jurídica. Até o advento da Constituição de 1958, os operadores do Direito franceses não eram habituados a interpretar e a aplicar diretamente a Constituição aos casos concretos. A lei era soberana nesse domínio. Aliás, não apenas na França, mas também em vários outros países europeus continentais, até boa parte do século XX a Constituição era vista muito mais como um documento político, um pacto governativo, do que como um repertório de normas jurídicas diretamente aplicáveis. Hoje, graças à jurisdição constitucional, ninguém mais contesta a normatividade da Constituição. Na França, não obstante umas poucas críticas a um suposto “*hyperconstitutionnalisme*” ou “*panconstitutionnalisme*”, a realidade é que as duas ordens de jurisdição buscam cada vez mais fundamentar suas decisões diretamente na Constituição tal como interpretada pela jurisdição constitucional e não mais apenas na lei (FAVOREU, 1997, p. 355).

6. Críticas, controvérsias e propostas de alteração do sistema de controle de tipo francês

Devido à sua própria singularidade no seio das demais democracias européias, o sistema de controle de constitucionalidade vigente na França foi por longo tempo objeto de debates e controvérsias, algumas delas já quase inteiramente pacificadas na doutrina. No campo das controvérsias, figuram em primeiro plano a questão de saber se a missão levada a efeito pelo Conselho Constitucional é ou não de caráter jurisdicional e, logo a seguir, o problema relativo ao caráter preventivo do controle. A exemplo do que ocorre em outros países dotados de jurisdição constitucional, também se questiona o modo de designação dos membros do órgão incumbido do controle. Mais recentemente, duas novas questões, ou sugestões, afloraram nos meios jurídicos franceses: uma, atinente a um possível desloca-

mento para o âmbito da jurisdição constitucional do chamado “controle da convencionalidade” das leis, isto é, o exame da compatibilidade entre as leis e os tratados e convenções internacionais; outra, referente a uma possível introdução de uma prática jurisdicional inteiramente estranha às instituições jurisdicionais francesas: a possibilidade de se tornarem públicos os votos dissidentes.

6.1. Conselho Constitucional: órgão jurisdicional ou órgão político?

Em si, essa é uma questão desprovida de qualquer interesse prático atualmente. De natureza política ou jurisdicional, o essencial para um órgão incumbido da fiscalização das normas infraconstitucionais é o rigor com que ele exerce a missão que lhe foi confiada pela Constituição, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. Também crucial é a confiança e a credibilidade que dele deve emanar, em direção aos atores do mundo político em geral, às forças econômicas e sociais da nação e aos cidadãos em geral. O direito comparado nos mostra que, mesmo passados mais de duzentos anos desde que a primeira Corte de Justiça ousou declarar-se competente para pronunciar a invalidade da obra dos detentores da soberania popular, essa delicada atribuição constitucional ainda é vista em certos cantos com reservas por causa do seu caráter antimajoritário, sua aceitação definitiva só ocorrendo por força da superior nobreza de sua missão, que é a preservação da supremacia da constituição e a proteção aos direitos fundamentais do cidadão. Mesmo no caso francês, esse debate já está superado há muito tempo. O Conselho Constitucional é, sem sombra de dúvida, uma jurisdição. Aliás, membro da Conferência das Cortes Constitucionais desde os anos 80, o próprio Conselho se considera uma jurisdição e não um órgão político²³.

A polêmica serve, contudo, para sanar certas dúvidas: o que caracterizaria uma “jurisdição”, especialmente uma jurisdição in-

cumbida do controle da constitucionalidade das leis? Que elementos essenciais seriam aptos a caracterizar o exercício da função jurisdicional? O exercício da fiscalização abstrata da constitucionalidade da lei antes da sua promulgação retira ao órgão fiscalizador a sua possível natureza jurisdicional? A não observância de um ou outro aspecto do procedimento contraditório típico dos litígios interindividuais é suficiente para caracterizar como “política” a missão constitucional confiada ao órgão? O modo de designação dos membros tem importância decisiva na caracterização da atividade do órgão como política ou jurisdicional?

Pascal JAN (1999; 2001, p. 531) e Bruno GENEVOIS (1988; 2002, p. 516), indubitavelmente dois entre os mais autorizados especialistas na obra do Conselho Constitucional nos dias atuais, são taxativos quando afirmam que o Conselho Constitucional exerce uma função jurisdicional. E o fazem porque, no seu entender, a instituição sediada na ala Montpensier du Palais-Royal apresenta os *signes caractéristiques d'une juridiction*, isto é: decide à luz de critérios jurídicos, com total independência, sobre uma questão também jurídica que lhe é submetida. A decisão que profere tem a força de coisa julgada, eis que, nos termos da Constituição, os seus julgados não ensejam qualquer tipo de recurso e “se impõem aos Poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais” (art. 62.2). Ora, o poder de impor suas decisões com força de coisa julgada aos particulares e aos poderes públicos em geral é, como bem assinala JAN, o que efetivamente caracteriza o poder jurisdicional.

Por outro lado, o caráter preventivo do controle exercido pelo Conselho Constitucional não lhe retira a natureza jurisdicional, pois o que é decisivo é a natureza da atividade do órgão e não o momento em que ela se dá. Ou seja, relevante é o fato de a Constituição francesa outorgar ao Conselho o formidável poder de, baseando-se em considerações e critérios de ordem jurídica, im-

pedir que uma lei contrária à Constituição entre em vigor (art. 62.1 da Constituição: “uma disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada nem posta em aplicação”). É irrelevante, para efeito de saber se se trata ou não de uma decisão de cunho jurisdicional, se esse ato de contenção do poder político, característico de *checks-and-balances*, ocorre antes ou depois da lei promulgada.

Argumentos vinculados à questão procedimental também são avançados pelos pouquíssimos juristas que ainda consideram o Conselho Constitucional um órgão político. Alegam, em essência, que o procedimento observado pelo Conselho no julgamento dos casos que lhe são submetidos não é inteiramente contraditório. De fato, como já tivemos oportunidade de assinalar, o Conselho Constitucional foi concebido em 1958 para ser, na feliz expressão de Dominique CHAGNOLAUD (2002?, p. 511), um “cão de guarda do executivo” (*chien de garde de l'exécutif*), em detrimento do poder Legislativo. Sua criação se deu em uma época em que ainda eram acesas e potentes as objeções ideológicas, históricas e políticas contra qualquer tipo de controle de constitucionalidade. Em tais circunstâncias, é natural que não se tenha pensado em estabelecer normas procedimentais rígidas, a exemplo das que regem o procedimento perante as demais esferas da Justiça. Tanto os constituintes de 1958 quanto o legislador que aprovou a lei orgânica do Conselho tinham dúvidas acerca da natureza jurídica do novo órgão e, por isso mesmo, deixaram a questão em aberto. Como já dissemos, as regras procedimentais do Conselho são relativamente informais, fruto muito mais da experiência e da evolução e consolidação do próprio órgão do que resultado de regulamentação normativa formal, ou seja, são costumeiras. Nelas não há muito espaço para elementos clássicos do processo, tais como a sustentação oral, a contraditório e a representação acentuada das partes. Mas esses são traços encontráveis também em diver-

Outros modelos de controle abstrato de normas existentes em direito comparado. O fato é que, para mitigar tais inconvenientes, o Conselho veio paulatinamente absorvendo, pela via do costume, alguns dos elementos da prática jurisdicional contenciosa, como já tivemos oportunidade de mostrar.

O modo de designação dos seus membros, bastante diferenciado em relação à forma de composição das duas outras ordens de jurisdição, também não constitui a nosso sentir um elemento apto a caracterizá-lo como um órgão político. Com efeito, os membros do Conselho Constitucional são nomeados pelo Presidente da República, pelo Presidente do Senado e pelo Presidente da Assembleia Nacional, para um mandato fixo de 9 anos. Terminado o mandato, eles retornam às suas atividades normais. E aí reside, sem dúvida alguma, uma grande diferença em relação aos magistrados das duas outras ordens de jurisdição, que são detentores de cargos efetivos e seguem ao longo de suas vidas uma carreira estável no serviço público. Note-se, porém, quanto ao aspecto relativo aos titulares do direito de nomeação, que na maioria esmagadora das Cortes supremas ou constitucionais o poder de nomear os respectivos membros recai sobre as autoridades políticas. Assim o é o nos EUA, na Alemanha, na Espanha, no Brasil e em vários outros países. Aliás, seria uma excrescência institucional, suscetível de dar margem ao mais insuportável corporativismo, a idéia de se conceder a um órgão não depositário da legitimidade popular o poder da autocomposição pura e simples. Os excessos, a arrogância e as derrapagens de certos setores do poder Judiciário brasileiro nos anos recentes são um forte estímulo a que se evite esse tipo de nomeação por cooptação, que é absolutamente contrária aos princípios democráticos.

De qualquer forma, talvez por força da pressão existente nos meios jurídicos há algum tempo para que se institua modalidade de controle *a posteriori*, muitas propostas vêm sendo feitas no sentido de se alterar o

modo de designação dos membros do Conselho, para fins de adaptá-lo a uma provável futura nova realidade.

Entre as várias propostas doutrinárias de mudança do modo de nomeação dos membros da jurisdição constitucional francesa, chama a atenção a que sugere a adoção do sistema de listas tríplices, bem conhecido da prática constitucional brasileira. Só que nesse caso a proposição é no sentido de que as três atuais autoridades constitucionais detentoras do direito de nomeação fiquem incumbidas de elaborar uma lista de três nomes para cada nomeação, mas esses nomes teriam que angariar uma aprovação de no mínimo dois terços dos votos dos senadores e dos deputados. O mais votado seria o nomeado. Um tal sistema, reforçado pela exigência de uma aprovação por voto qualificado, teria sem dúvida alguma a virtude de conferir maior densidade e legitimidade ao processo de designação, desencorajando a nomeação, ou a tentativa de nomeação, de pessoas despreparadas, desequilibradas, inadaptadas à função, excessivamente motivadas no plano ideológico ou até mesmo desprovidas da indispensável reputação ilibada.

O atual sistema de nomeação francês, no nosso modo de entender, apresenta seguramente algumas vantagens. Entre elas, a constante mudança no perfil dos membros e a diversidade de pessoas escolhidas que o sistema de nomeação propicia. Nosso mestre, professor Jacques ROBERT, com a autoridade de quem teve assento no Conselho de 1989 a 1998, expõe com grande propriedade os aspectos positivos do sistema rotativo de nomeação. Certamente levando em conta a especificidade do sistema político francês, em que às vezes as três autoridades detentoras do poder de nomeação são políticos oriundos de três correntes ideológicas distintas, Robert vislumbra nesse fato a salutar vantagem de se poder nomear pessoas de horizontes diversos, de origens diversas, de etnias e crenças diversas, de idades diversas e, por que não dizer, de formação pro-

fissional diversa. Sobre esse último ponto assim se manifesta ROBERT, com a autoridade insuspeita de quem é um dos mais respeitados publicistas franceses:

“Il n’y a donc point que des hommes de loi ou de droit. Certes rares sont ceux qui n’ont fait aucune étude de droit. Mais les juristes professionnels sont largement minoritaires. Et – à notre avis – il en est bien ainsi car plus les expériences de chacun sont multiples, plus les activités des uns et des autres ont été variés...moins le Conseil saisi des questions les plus complexes et les plus larges a de risques de se tromper à l’heure de la décision car tous profitent à plein du bagage de chacun”²⁴.

ROBERT vê também como altamente positivo nesse sistema “a rápida renovação dos homens”. No seu modo de ver, esse sistema permite constante renovação da composição do órgão, facilitada pelo fato de que a cada três anos três novos membros e talvez três novas mentalidades diferenciadas passam a compor o Colegiado. Essa rotatividade é saudável, na medida em que permite ao órgão jurisdicional estar constantemente em sintonia com a sociedade, com a evolução das mentalidades e dos costumes. Diz ROBERT a respeito desse aspecto específico, com a franqueza que lhe é característica:

“Rien ne serait pire que le maintien au sein d’une institution d’hommes qui – les années passant – se perpétueraient en se figeant, cesseraient à la longue – leur retraite professionnelle aidant – d’être en prise directe avec les événements et les évolutions, de plus en plus rapides, de nos sociétés, s’installeraient dans le conservatisme d’habitudes ancrées et de jurisprudences intouchables. Les États-Unis – à certaines époques de leur histoire –, ont tragiquement touché du doigt les inconvénients majeurs d’une chambre rétrograde qui bloquait toute réforme sociale”²⁵.

Esse sistema impede, por outro lado, a ocorrência do espetáculo constrangedor e vexatório, verificado em certas cortes supremas, em que os membros se eternizam nos

cargos, e muitas vezes neles permanecem única e exclusivamente para impedir que o poder político momentaneamente detentor da prerrogativa de preencher a vaga possa fazer uso dessa prerrogativa. Mais uma vez, os EUA são um exemplo eloqüente desses desvios propiciados pelas nomeações vitalícias²⁶.

O sistema de nomeação rotativa, combinado com as áleas do regime parlamentar, tem também a vantagem de desencorajar o carreirismo. A esse respeito, Jacques ROBERT oferece apreciações judiciosas com a autoridade de um *insider*:

“A cada três anos, um terço da composição do Conselho se vê modificado, sem que disso resulte uma mudança brusca (que poderia ser perigosa), pois os seis que ficam e continuam seus mandatos asseguram uma necessária continuidade e temperam as mudanças brutais. Como não se sabe jamais exatamente, a cada renovação trienal, quem será o próximo detentor do poder de decisão (as eleições, as exonerações e as dissoluções tornando incerta qualquer previsão), todo plano de carreira, toda ‘campanha’ se revela difícil. Nomes circulam. Jamais são os corretos. A surpresa é total. O leque das fontes (de talentos, ndt) e dos talentos se alarga a cada oportunidade. Tanto melhor”²⁷.

Para Jacques ROBERT, o atual modo de designação com renovação parcial da composição a cada três anos também é propício a assegurar maior independência aos nomeados. Diz ele:

“Enfatizar-se-á – além do mais – a independência que o modo de designação atual dos membros do Conselho Constitucional lhes confere ao longo dos anos de presença na rua de Montpensier (sede do Conselho, ndt). Cada um de nós deve sua designação à escolha de um só homem, que muitos aliás não conheciam pessoalmente. Frequentemente, ele só tomou conhecimento da sua designação no úl-

timo minuto, pois ninguém jamais é candidato. Azar daqueles que o são! Mesmo se todos não eram por natureza dotados das mesmas condições, de uma consciência a toda prova e de um total desinteresse, a quem deveriam agradar para poder prosseguir, ao sair do Conselho, uma nova carreira? Qual? Não é incomum que ao longo do mandato a autoridade que o nomeou mude de função ou deixe a política ou...morra. E quando você conclui os seus nove anos (ninguém pode ser reconduzido!), há muito tempo terá chegado, para a quase totalidade dos membros que tiveram assento no Conselho, a idade da aposentadoria!” (Jacques ROBERT).

O certo é que é quase impossível contornar os aspectos políticos das nomeações para os órgãos de jurisdição constitucional, pois é essencialmente política a missão constitucional de exercer a fiscalização da compatibilidade entre as normas constitucionais e infraconstitucionais. Em suma, como já disse Bruno GENEVOIS (2002), “*il n'existe pas de bonne procédure de nomination, il y a, avant tout, de bons choix*”²⁸.

Circulam também outras propostas doutrinárias no sentido do aumento do número de membros, passando dos nove atuais para quinze, especialmente na eventualidade de vir mesmo a ser instituída a alteração tendente a criar o modelo de controle após a promulgação da lei, mudança constitucional que a atual estrutura enxuta do Conselho não conseguiria suportar. Fala-se também, na eventualidade de vir a ser implementada essa modificação constitucional, na possível introdução das exigências de especialização jurídica e de idade.

6.2. As propostas de reforma do Conselho

“*Le Conseil constitutionnel a réussi, c'est pourquoi il faut le changer*”. Aparentemente contraditória, essa frase de Dominique ROUSSEAU resume à perfeição a visão que se tem nos meios jurídicos franceses a res-

peito da evolução ocorrida no sistema de controle de constitucionalidade nos últimos quarenta anos: o Conselho Constitucional, concebido muito mais como um instrumento de contenção e vilipêndio do poder Legislativo do que como órgão de vigilância contra as intromissões indevidas no domínio dos direitos fundamentais do cidadão, findou por assumir essa última postura. Noutras palavras, concebido com finalidades eminentemente políticas e com pouca ou quase nenhuma preocupação com a preservação da supremacia da constituição e proteção das liberdades fundamentais, o Conselho tornou-se um sucesso precisamente no exercício dessa última atribuição. E, por ter-se tornado um sucesso, é preciso mudá-lo, já que, como disse o professor ROUSSEAU, “*il est à bout de souffle*”, isto é, está à beira do esgotamento, tamanha é a incompatibilidade entre a estrutura singular que lhe foi conferida inicialmente e o peso político-institucional que ele passou a ter ao longo do tempo²⁹.

De fato, nos seus primeiros anos de funcionamento, o Conselho Constitucional se apresentava como um órgão constitucional que não causava incômodo algum ao poder político estabelecido: ele afirmava que a sua competência jurisdicional não era geral, mas “de atribuição”, ou seja, compreendia estritamente aquilo que constava da letra fria da Constituição; recusava-se a exercer o controle da lei referendária; passou paulatinamente a reconhecer ao Parlamento o direito de legislar sobre questões não incluídas no rol das matérias pertencentes ao “domínio legislativo”. Seu crescimento em importância só veio a ocorrer a partir do início dos anos 70, quando ele procedeu à “constitucionalização” da Declaração Universal de 1789 e do Preâmbulo da Constituição de 1946, criando, assim, o chamado *Bloc de Constitutionnalité*. E, por fim, sua consagração definitiva veio com a reforma de 1974, que alargou o leque dos legitimados, permitindo que sessenta deputados ou sessenta senadores possam propor a ação de incons-

titucionalidade. Essa mudança lançou o Conselho no centro da cena político-midiática do país, sem que para tanto sua estrutura original tenha sofrido as necessárias adaptações. Daí as sugestões de mudanças.

As sugestões de alteração vão desde as mais moderadas e realistas até outras mais ousadas e sem qualquer perspectiva de concretização a médio prazo. Entre as primeiras, figura a proposta de introdução de mecanismo de controle *a posteriori* das leis promulgadas pelo Parlamento, abrindo ao próprio jurisdicionado a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade da lei por ocasião do julgamento de um litígio em que figure como parte. Essa modificação visaria a sanar as deficiências do atual sistema de controle meramente preventivo, que tem entre os seus principais defeitos, como já apontamos, o risco de que uma lei importante, atentatória aos direitos fundamentais, passe em branco, sem que qualquer dos legitimados para a ação constitucional a impugnem perante o Conselho. Outro defeito desse sistema reside na exigüidade do tempo ocorrido entre a votação da lei pelo Parlamento e a fiscalização da sua compatibilidade com a Constituição. Exíguo para um exame mais aprofundado da lei, o prazo estipulado para a verificação da constitucionalidade, incidindo entre a votação e a promulgação, traz o inconveniente adicional de não permitir uma avaliação de todas as implicações e virtualidades da norma, algo que só o tempo e a sua aplicação concreta propiciam. Daí a razão por que a Academia jurídica francesa clama pela introdução da *exception d'inconstitutionnalité*.

Proposta formalmente pelo presidente François Mitterrand mediante projeto de emenda constitucional formalizado em 1989, a alteração não foi adiante por obra e graça do Senado, que por meio de diversas chicanas findou por enterrar o projeto. Mas para alguns juristas mais realistas, naquele momento os “espíritos ainda não estavam suficientemente maduros” para admitir uma mudança de tamanha envergadura, que sub-

verteria inteiramente as tradições políticas e a prática institucional daquela velha nação.

Mas cumpre indagar: estariam os espíritos agora suficientemente maduros para aceitar, como propõem não poucos analistas da vida jurídica e política do país, uma alteração ainda mais radical do que aquela – a transformação pura e simples do Conselho Constitucional em uma verdadeira Corte Constitucional? É muito pouco provável³⁰. As velhas nações não se submetem a mudanças bruscas, salvo em casos de movimentos revolucionários como os de 1789. O mais plausível é que a médio prazo venha a ser adotada a alteração consistente em introduzir o controle *a posteriori*.

Outra proposta de reforma, de menor impacto mas não sem importância, vem sendo avançada nos últimos tempos. Com efeito, nitidamente influenciados pelos estudos de direito comparado tão comuns na França, alguns juristas vêm se pronunciando favoravelmente a que o Conselho Constitucional passe a divulgar os votos dissidentes³¹. Uma tal mudança quebraria uma velha tradição não apenas francesa, mas também de alguns outros países europeus continentais: a do sigilo das deliberações dos órgãos jurisdicionais colegiados. Nesses países, tais decisões, especialmente as das cortes superiores, são concebidas como obra coletiva. Não são identificados os autores do voto condutor, tampouco os dos eventuais votos minoritários. Na França, o sigilo do julgamento se estende também à jurisdição administrativa e à Justiça Comum³².

Um dos principais argumentos a favor da divulgação dos votos dissidentes é sem dúvida o de que ela propicia uma mais rápida evolução da jurisprudência, impedindo que decisões proferidas em bloco, com fundamentação explicitada de maneira quase mecânica e sucinta, torne-se a regra. O voto dissidente também opera em prol de uma maior transparência e de um maior apuro na fundamentação das decisões, provocada necessariamente pela perspectiva de confronto entre as posições majoritária e minoritária.

Mas, não sem uma certa razão, os opositores dessa idéia lembram que o sigilo das deliberações dos órgãos jurisdicionais, na França, constitui um princípio geral do direito, destinado, segundo a jurisprudência do Conselho de Estado, a assegurar a independência dos magistrados e a autoridade moral das suas decisões³³.

Para Bruno GENEVOIS, esse princípio geral do Direito cresce ainda mais em importância em se tratando da jurisprudência do Conselho Constitucional, pois, contrariamente às Cortes Constitucionais européias, cujas decisões são proferidas muitos anos após a aprovação da lei pelo Parlamento, no caso do Conselho Constitucional há apenas alguns dias a separar a votação da lei no Parlamento e a tomada da decisão do órgão jurisdicional. Num tal contexto, em que as paixões políticas ainda se encontram muito vivas, a exteriorização do voto dissidente serviria indubitavelmente para enfraquecer a legitimidade e a autoridade da decisão do Colegiado, expondo-lhe as fragilidades e contradições internas.

Notas

¹ Tome-se como exemplo desse implacável impacto político do controle *a priori* as decisões proferidas pelo Conselho Constitucional em 1982 a respeito das leis de nacionalização. Previstas de longa data no programa do candidato da esquerda às eleições presidenciais de 1981, François Mitterrand, as nacionalizações consistiam num vasto programa de transferência ao setor público de nacos substanciais do setor produtivo privado do país, compreendendo grandes bancos, gigantescos conglomerados industriais etc. Impugnada perante o Conselho Constitucional por parlamentares da direita que perdera as eleições, a lei de nacionalizações foi, num primeiro momento, declarada inconstitucional e remetida de volta ao Parlamento, cuja maioria parlamentar governista se viu forçada a emendá-la e a abrandar-lhe significativamente os dispositivos referentes às indenizações a que tinham direito os expropriados. Só após essas alterações pôde ela vir a ser convalidada pela jurisdição constitucional, numa segunda deliberação. A pergunta que se impõe é: caso o controle de constitucionalidade na

França fosse *a posteriori*, com todas as suas delongas que têm o efeito de serenar as paixões momentâneas, teria o Conselho Constitucional tido a ousadia e a coragem de anular uma lei dessa natureza, aprovada por um Parlamento avassaladoramente dominado por uma corrente de pensamento recém-saída vencedora nas urnas? Mais: seria factível na prática uma decisão de anulação, após o decurso de vários anos desde a incorporação das empresas ao patrimônio público?

² A singular organização do Estado francês, especialmente de suas instituições jurídicas, também contribui para a improbabilidade de normas flagrantemente inconstitucionais serem postas em aplicação sem qualquer tipo de controle. É que na França tanto as normas legais quanto as regulamentares passam na sua fase de elaboração por um controle rigoroso, efetivado por pessoas de mais alta qualificação, que são os membros do Conseil d'Etat, que, como se sabe, é ao mesmo tempo o mais categorizado órgão de consultoria jurídica do Governo e órgão de cúpula da jurisdição administrativa. O Conselho de Estado tem duas formações distintas, uma consultiva e uma contenciosa (*Conseil d'Etat statuant au contentieux*). Os juristas integrantes do Conselho podem atuar ora numa ora noutra formação, jamais concomitantemente nas duas. A excelência dessa instituição e o peso de sua tradição contribuem muito para o aprimoramento da ordem jurídica do país. Aliás, vários são os juristas que o qualificam como o "pedagogo da Administração".

³ Desde a introdução da emenda de 1974, as ações de inconstitucionalidade propostas por parlamentares constituem de longe o maior contingente. Elas correspondem hoje a cerca de 93% de todo o contencioso constitucional francês. Por outro lado, as ações de inconstitucionalidade de origem parlamentar fornecem um outro dado importante: 97% de todas as decisões do contencioso constitucional francês foram proferidas após a promulgação da emenda que introduziu a legitimação parlamentar para o controle (JAN, 2001, p. 447).

⁴ Na tradição jurídico-político-administrativa francesa, "Conselho" designa invariavelmente órgão colegiado de hierarquia superior, tanto na esfera do executivo quanto na do judiciário. No *ancien régime* já existiam o *Conseil d'en Haut* e o *Conseil d'en Bas*, antecedentes longínquos da estrutura colegiada que veio mais tarde a se constituir no Executivo moderno, encabeçado por um Chefe, seja ele um rei, um imperador, um presidente ou um primeiro-ministro. Após a Revolução, a tradição se manteve e estendeu-se também ao domínio da função jurisdicional: assim nasceram os *Conseils de Préfecture*, antecedentes dos tribunais de primeira instância da justiça administrativa, e o *Conseil d'Etat*, órgão máximo desse ramo da Justiça e ao mesmo tempo

órgão de assessoramento superior do governo. Os termos “tribunal” e “cour” eram historicamente designações características da jurisdição comum, mas foram adaptados à jurisdição administrativa a partir das duas grandes reformas por que passou o contencioso administrativo na segunda metade do século XX (em 1953, quando foram criados os *tribunaux administratifs*, órgãos jurisdicionais de primeira instância, em substituição aos *conseil de préfecture*; e em 1987, quando foram criadas as *cours administratives d'appel*, órgãos jurisdicionais de apelação). Assim, nos dias atuais, tanto na esfera da justiça comum como na da justiça administrativa, podem ser feitas as seguintes distinções em relação aos termos “tribunal” e “cour”: “tribunal” indica órgão jurisdicional de primeira instância, que na França são em regra de natureza colegiada (ex: na justiça comum, “tribunal de grande instance” é o órgão jurisdicional de primeira instância; na justiça administrativa, o primeiro grau de jurisdição são os *tribunaux administratifs*, também de estrutura colegiada). “Cour” é designativo de órgãos jurisdicionais de segunda e última instância da justiça comum: assim, existem as *Cours d'appel*, correspondentes aos nossos tribunais de justiça, e a *Cour de Cassation*, órgão de cúpula da Justiça Comum. Na Justiça administrativa, existem as *Cours administratives d'appel*, órgão jurisdicional de segundo grau, e o *Conseil d'Etat*, que encabeça todo o sistema do contencioso administrativo. A escolha da designação *Conseil Constitutionnel* para o órgão da jurisdição constitucional é tributária de toda essa tradição.

⁵ Louis FAVOREU e Loïc PHILIP (1997); “Pouvoirs” numero 13: “Le conseil constitutionnel”; François LUCHAIRE (19- -?); Bruno GENEVOIS (1988); Dominique TURPIN (1986); Louis FAVOREU (19- -?); Guillaume DRAGO (19- -?); Alec STONE (1992); John BELL (1992).

⁶ Contrariamente aos ex-presidentes da Quinta República, que não quiseram (De Gaulle, Valéry Giscard D'Estaing e François Mitterrand) ou não puderam usufruir (Georges Pompidou, em razão de falecimento no exercício da Presidência) da faculdade constitucional de ter assento no Conselho Constitucional, os dois ex-presidentes da Quarta República (1946-1958), René Coty e Vincent Auriol, ocuparam efetivamente os cargos de membros vitalícios do Conselho Constitucional, ainda que por curto espaço de tempo.

⁷ Entre 1959 e 2000, o Conselho julgou mais de 2000 processos de natureza eleitoral.

⁸ “Regime de Assembléia” é a denominação que se dá à situação institucional na qual ocorre uma desvirtuação do regime parlamentar clássico, um desequilíbrio institucional incontrolável em que as câmaras legislativas passam a ter preponderância política total sobre o Executivo, que delas se torna quase que um refém.

⁹ Segundo o art. 34 da Constituição francesa, cabe ao Parlamento dispor, entre outras, sobre matérias relativas aos direitos cívicos e garantias fundamentais do cidadão; nacionalidade, estado e capacidade das pessoas, regimes matrimoniais, sucessões, doações; direito penal e processual penal; estatuto dos magistrados; direito tributário, moeda; garantias dos funcionários públicos; nacionalizações etc.

¹⁰ A menção a essas duas jurisdições remete-nos a um fenômeno já perceptível nos meios jurídicos franceses desde meados dos anos 80: a jurisdição administrativa, construção intelectual e jurídica que emergiu da constituição napoleônica do Ano VIII, sempre foi historicamente o *grand fleuron* do Direito francês. Dela ou de suas redondezas (acadêmicos especializados, comentaristas, *arretistes*) sempre saíram as mais fulgurantes estrelas jurídicas francesas, tais como Aucoc, Laferrière, Duguit, Jèze, Hauriou, Braibant e outros. Nela foram inspirados os métodos da jurisdição constitucional criada em 1958, bem como dela saiu parte significativa das primeiras composições do Conselho Constitucional. Pois bem. Com o advento da jurisdição constitucional e com o paulatino e constante crescimento da importância do Conselho Constitucional na vida político-institucional do país, a jurisdição administrativa, embora continuando extremamente prestigiosa e poderosa, vem sutilmente passando a um plano secundário. Noutras palavras, vem-se “banalizando”, como disse o professor FAVOREU há alguns anos, para perplexidade de muitos.

¹¹ O “Préfet” é a mais elevada autoridade governamental em nível local e regional. Representa o Governo central no âmbito das Regiões e dos Departamentos, com vastos poderes, dado o caráter unitário do Estado francês. Não se confunde com o Prefeito (“maire”), que é eleito.

¹² Note-se, porém, que a Constituição de 1958 e a Lei Orgânica relativa ao funcionamento do Conselho Constitucional não são taxativas com relação a certos aspectos do prazo de arguição da inconstitucionalidade. Por exemplo, não há nesses textos nenhum dispositivo que indique expressamente os momentos inicial e final do prazo dentro do qual os legitimados devem propor a ação. Diz-se unicamente que isso deve ocorrer entre a aprovação final do texto pelo Parlamento e a promulgação pelo Presidente da República. Ora, o prazo de promulgação é de quinze dias, contados a partir da aprovação final do texto no Parlamento. Um costume constitucional (*a convention of the constitution*, como diriam os autores britânicos) se estabeleceu no sentido de que o Chefe de Estado aguarde a fluência do prazo de quatorze dias, para só então proceder à promulgação das leis no décimo quinto dia. Nesse período, os serviços governamentais verificam se

haverá ou não impugnação da lei por inconstitucionalidade. Mas sempre há um risco de um presidente da República politicamente motivado e hostil à maioria parlamentar vir a quebrar esse “acordo de cavalheiros” que vem funcionando bem há mais de 40 anos. De fato, desde 1958 o fato só ocorreu uma única vez, em 1997, justamente em período de “coabitação” entre um Presidente da República de direita (Jacques Chirac) e um Gabinete que gozava da confiança de uma maioria parlamentar de esquerda: aprovada uma lei que modificava o serviço militar obrigatório, sessenta parlamentares impugnaram-na perante o Conselho Constitucional no oitavo dia após sua adoção definitiva pelo Parlamento. Acontece que o presidente Jacques Chirac se antecipou aos requerentes, sancionando a lei antes do ajuizamento da ação constitucional, que ficou naturalmente preclusa. Trata-se de caso único, mas que ilustra a fragilidade da sistemática de prazos atualmente vigente. Na prática, para contornar tais inconvenientes, especialmente quando está em jogo algum texto legislativo de caráter polêmico, os parlamentares se colocam de prontidão durante a deliberação do Parlamento, colhendo antecipadamente as assinaturas para poderem ingressar com a ação logo no início da contagem do prazo. Não lhes é permitido, porém, ajuizar a ação antes de definitivamente encerrado o processo legislativo, pois o Conselho Constitucional já indeferiu ações propostas nessas condições, sob a alegação de falta de aperfeiçoamento do ato normativo. Mas em outros aspectos o Conselho Constitucional muitas vezes adota uma postura liberal, admitindo como válidas, por exemplo, o que se convencionou qualificar como *saisines blanches*, isto é, uma mera petição na qual os requerentes manifestam a intenção de impugnar a lei, deixando para juntar posteriormente uma nova petição contendo os argumentos jurídicos em que se baseia a ação (ver JAN, 2001).

¹³ Decisão nº 92-312 DC, de 2-9-92.

¹⁴ Neste ponto, a Jurisdição constitucional instituída em 1958 inspirou-se largamente na experiência da Jurisdição administrativa, que historicamente sempre foi gratuita, até que uma lei de 1993 veio instituir uma taxa simbólica e de valor fixo (100 francos) para algumas modalidades de ação do contencioso administrativo. No âmbito da Justiça administrativa, sempre se entendeu que a cobrança de custas e a exigência de representação obrigatória por advogados constituem limitação ao acesso à justiça, especialmente nos procedimentos destinados a oferecer ao cidadão um meio de se insurgir contra os atos abusivos do Estado, como é o caso do “*recours pour excès de pouvoir*”, que sempre foi e continua sendo totalmente gratuito, sendo também facultativa a representação por advogado. Seguindo, pois, essa mesma trilha, a jurisdição constitucional,

pela via da construção jurisprudencial, findou por consagrar o entendimento da inexigibilidade do ministério de advogado.

¹⁵ Um balanço da jurisdição constitucional francesa mostra que, na prática, os legitimados individuais (Presidente da República, Primeiro Ministro e Presidentes das Assembléias) raramente fazem acompanhar as suas petições de arrazoados jurídicos. Já os parlamentares o fazem constantemente, não raro utilizando a *expertise* de grandes nomes da ciência jurídica, os quais funcionam nos autos como uma espécie de *expert witness*, como acontece no direito norte-americano.

¹⁶ Uma das vantagens desse sistema de nomeação do relator pelo Presidente revelou-se decisiva no caso das nacionalizações. Apesar do segredo oficial em torno das decisões do Conselho, sabe-se à boca pequena nos círculos jurídicos parisienses que o relator desse caso foi Georges Vedel. Pergunta-se: que teor teria tomado a decisão sobre as nacionalizações de 1982 e qual teria sido o desfecho desse imenso “*imbróglio*” jurídico-político se o Presidente do Conselho Constitucional à época não tivesse tido a prudência de designar para a relatoria do caso um publicista da envergadura do *doyen* Georges Vedel? Mas, por outro lado, esse sistema também se presta ao desenvolvimento de práticas personalistas. Nos EUA, onde ele é também adotado, não é incomum o presidente da Corte Suprema autodesignar-se para a relatoria de um caso, especialmente os envoltos em grande controvérsia junto à população e, por isso mesmo, revestidos de grande apelo midiático.

¹⁷ Note-se, porém, que o Conselho Constitucional obedece fielmente às regras do contraditório quando atua no contencioso eleitoral, que é de longe o mais expressivo quantitativamente.

¹⁸ Note-se, porém, que o Secretário-Geral do Governo, não obstante a importância das atribuições que exerce, é em geral um servidor público categorizado, profissional, apolítico. Essa característica pode ser bem ilustrada pelo fato de que, na história administrativa recente da França, já houve exemplo de agente estatal que permaneceu por mais de 15 anos nesse cargo, exercendo de maneira neutra as suas atribuições, indiferente às mudanças sucessivas na chefia do Governo, da Administração e do Estado.

¹⁹ Ver sobre o assunto o exaustivo estudo de Thierry DI MANNO (1997).

²⁰ O *Bloc de constitutionnalité* inclui o Preâmbulo da Constituição de 1946, carta constitucional progressista elaborada logo após o fim da 2ª Guerra Mundial, e que contém o essencial dos direitos fundamentais hoje vigentes na França, especialmente os de natureza social; por sua vez, o Preâmbulo de 1946 faz remissão à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aos

“Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, isto é, o elenco de princípios contidos nas leis liberais votadas entre o fim do Segundo Império (1870) e a Segunda Guerra; e, por fim, a uma categoria normativa aparentemente obscura mas que em realidade possibilita uma constante renovação e abertura à evolução do pensamento, os chamados “princípios políticos, econômicos e sociais particularmente necessários ao nosso tempo”.

²¹ Essas leis foram as que regulamentaram, entre outras, a liberdade de associação, liberdade de ensino e de consciência, liberdade individual, liberdade de comércio e de indústria, *ie*, liberdade de empreendimento.

²² Decisões de 10-11 de outubro de 1984 e nr. 86-210, de 29 de julho de 1986.

²³ O Conselho Constitucional já se pronunciou a respeito do caráter “jurisdicional” de suas atividades em diversas ocasiões. V., por exemplo, as decisões nº 88-244 DC de 20 de julho de 1988 (sobre o controle de constitucionalidade propriamente dito); AN Seine, de 5 de maio de 1959, 53ª Circunscrição (sobre o contencioso relativo às eleições de deputados e senadores); Hauchemaille, de 25 de julho de 2000 (relativa às operações de referendo); Hauchemaille, de 14 de março de 2001 (relativa às eleições presidenciais).

²⁴ Em tradução livre: “Não há (no Conselho, ndt) apenas homens da lei ou do Direito. Certo, raros são os que não fizeram algum estudo de direito. Mas os juristas profissionais são largamente minoritários. E – no nosso entender – é bom que seja assim, pois quanto mais multifacetárias são as experiências de cada um, mais as atividades de uns e de outros terão sido variadas... e menos o Conselho, acionado por questões as mais complexas e as mais diversas, correrá o risco de errar no momento da decisão, uma vez que todos aproveitam da bagagem de cada um”.

²⁵ Em vernáculo: “Nada seria pior do que a manutenção no seio de uma instituição de homens que – com a passagem dos anos – se perpetuariam tornando-se impermeáveis a mudanças, cessariam com o tempo – com a ajuda da aposentadoria profissional – de estar em sintonia com os eventos e com a evolução cada vez mais rápida de nossas sociedades, se instalariam num conservadorismo de hábitos estabelecidos e de jurisprudências intocáveis. Os Estados Unidos – em certas épocas de sua história – experimentaram tragicamente os grandes inconvenientes de uma câmara retrógrada que bloqueava qualquer reforma social”.

²⁶ O momento em que arrematamos esse pequeno estudo (novembro de 2002) retrata a perfeição o que diz o professor Jacques Robert em relação à Corte Suprema dos Estados Unidos. Composta atualmente por 2 juízes nomeados por presidentes

democratas (Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer, nomeados por Bill Clinton) e por 7 juízes nomeados por presidentes republicanos, alguns deles com assento há mais de 20, 25, 30 anos, a Corte americana passa por um período de reacionarismo galopante e de pouca credibilidade, sobretudo após a escandalosamente partidária decisão que entregou a presidência a George W. Bush em dezembro de 2000 (ver DERSHOWITZ, 2001). E o pior: a médio prazo essa tendência tende a se agravar, eis que no momento atual o Partido Republicano detém o controle de todas as instituições políticas essenciais dos EUA, isto é, a Casa Branca, a Câmara dos Representantes e o Senado. Não será, pois, nenhuma surpresa se, aproveitando o momento político favorável, um ou alguns desses juízes mais conservadores e mais politicamente motivados maliciosamente resolver se aposentar, dando assim a George Bush a oportunidade de nomear juízes conservadores e mais jovens, que bloquearão de vez os avanços da sociedade americana por mais uma geração. Sobre esse último ponto ver GOMES (2001).

²⁷ No original: “*Tous les trois ans, le tiers de la composition du Conseil se trouve modifié, sans qu'il en résulte pour autant un bouleversement (qui pourrait être dangereux) puisque les six qui restent et continuent leur mandat assurent une nécessaire continuité et tempèrent les changements trop brutaux. Comme l'on ne sait jamais très exactement, à chaque renouvellement triennal, qui seront les 'décideurs' du prochain (les élections, les démissions ou les dissolutions déjouant toute prévision...) tout plan de carrière, toute 'campagne' s'avère difficile. Des noms circulent. Ce ne sont jamais les bons. La surprise est totale. L'éventail des milieux et des talents s'élargit à chaque fois. Tant mieux.*”

²⁸ “Não existe bom sistema de nomeação, o que existe, acima de tudo, são boas escolhas” (2002, p. 519).

²⁹ Além dos nove conselheiros, o Conselho Constitucional tem um quadro de servidores exíguo, com cerca de 40 a 50 funcionários, incluindo três assessores altamente especializados, membros da justiça administrativa e da justiça comum, recrutados para funções de assessoramento na elaboração das decisões. Nada comparável, portanto, à estrutura mastodôntica de alguns dos nossos tribunais, com todos os seus penduricalhos e práticas nepotísticas etc. Para se ter uma idéia da defasagem entre a natureza da missão constitucional exercida e dos meios materiais utilizados no seu desempenho, basta dizer que todo o corpo técnico do Conselho Constitucional francês é inferior à estrutura de... dois gabinetes de juízes de alguns dos nossos tribunais de jurisdição ordinária! Coisa de país rico, no nosso caso!!! Note-se que, apesar dessa estrutura enxuta, o Conselho Constitucional goza de um estatuto de independência similar ao das cortes

constitucionais européias. Com efeito, ele tem autonomia administrativa e financeira. Cumpre-lhe elaborar sua própria proposta de orçamento, que em geral é votada e aprovada pelo Parlamento sem discussão. Tem quadro próprio de servidores, como já dito. Por outro lado, tem um formidável poder de autodepuração: cabe-lhe pronunciar (por maioria simples) a exoneração *ex officio* de seus próprios membros cujos atos e comportamento comprometam a imagem, a credibilidade e o exercício normal das suas atribuições constitucionais. Tal situação extrema ainda não se verificou na prática. Mas já esteve perto disso: em 2000, o então presidente do Conselho, Roland Dumas, envolvido em um grande escândalo e investigado por prática de corrupção supostamente praticada ao tempo em que era Ministro das Relações Exteriores, viu-se forçado a renunciar à condição de membro do Conselho, não apenas por força da pressão dos meios políticos e midiáticos, mas também por haver pressentido a possibilidade de os seus próprios pares, visivelmente incomodados com a situação, decidirem pela pronúncia de sua *démission d'office*.

³⁰ O presidente Charles de Gaulle, “pai” da Constituição de 1958, indagado nos anos 60 sobre a possibilidade de se instituir na França uma corte suprema à luz do modelo americano e das cortes constitucionais européias àquela época ainda engatinhando, respondeu com uma frase que traduz à perfeição o sentimento de reserva então existente em relação ao controle de constitucionalidade: “*La seule Cour Suprême en France, c’est le peuple*”.

³¹ Ver *Cahiers du conseil constitutionnel*, n. 8.

³² Note-se que também nos EUA existe um certo sigilo nas deliberações da Corte Suprema, mais precisamente na fase de deliberação, que ocorre após as sustentações orais dos advogados das partes (*oral arguments*). Ultrapassada essa fase, os *Justices* se recolhem e decidem solitariamente sem a presença de quem quer que seja.

³³ Ver decisão Légillon do Conselho de Estado, de 17 novembro de 1922.

Bibliografia

BELL, J. *French constitutional law*. [S. l.: s. n.], 1992.

CHAGNOLAUD, D. *VI République? RDP*, [S. l.], p. 511, [2002?]. Edição especial.

CRUZ, P. M. O parlamentarismo racionalizado como condição da democracia em Estados contemporâneos: França, Portugal e Alemanha como sistemas para análise. 1999. *Tese* (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina. 1999.

DERSHOWITZ, A. *Supreme injustice: how the high court hijacked election 2000*. [S. l.]: Oxford University Press, 2001.

DI MANNO, T. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétables” en France et en Italie*. [S. l.]: Economica, 1997.

DRAGO, G. *Contentieux constitutionnel*. [S. l.: s. n.], [19- -?].

FAVOREU, L. et al. *Droit constitutionnel*. 3. ed. [S. l.]: Dalloz, 2000.

_____.; PHILIP, L. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1997. (Grands Arrêts).

_____. *Recueil de la jurisprudence constitutionnelle: 1959-1993*. [S. l.: s. n.], [19- -?].

FERREIRA FILHO, M. G. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], n. 220, p. 1-17, abr./jun. 2000.

GENEVOIS, B. *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel: principes directeurs*. Paris: STH, 1988.

_____. *VI République? RDP*, [S. l.], p. 516, 2002. Edição especial.

GOMES, J. B. B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JAN, P. *L'accès au juge constitutionnel français: modalités et procédures*. *RDP*, [S. l.], v. 2, p. 447, 2001.

_____. *La saisine du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1999.

_____. *VIe République? RDP*, [S. l.], p. 531, [19- -?]. Edição especial.

LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel*. [S. l.: s. n.], [19- -?].

MERRYMAN, J. H. The French deviation. *American Journal of Comparative Law*, [S. l.], v. 44, n. 1, p. 109-119, winter 1996.

STONE, A. *The birth of judicial politics in France: the constitutional council in comparative perspective*. [S. l.: s. n.], 1992.

TURPIN, D. *Contentieux constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.

_____. *Les libertés sous la Ve République*. *RDP: 40 ans de la Ve République*, [S. l.], p. 1837, 1998. Edição especial.

_____. *Memento de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: Hachette Supérieur. 1997. (Les Fondamentaux).

VIEIRA, P. R. O controle de constitucionalidade na França. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 309-324, abr./jun. 1989.