

Data do recebimento: 29/09/2021

Data do aceite: 3/11/2021

.....

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PERSPECTIVA COMPARADA: O DIÁLOGO ENTRE O MODELO FRANCÊS E O BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL

.....

CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN A COMPARATIVE
PERSPECTIVE: THE DIALOGUE BETWEEN THE FRENCH AND
BRAZILIAN MODELS AND JUDICIAL ACTIVISM

Sabrina Pires Santos¹

Sérgio Luiz Milagre Júnior²

Mateus de Moura Ferreira³

1 - Graduanda em direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro de Lafaiete - FDCL (2017-2021). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8281186677681618>.

2 - Doutorando em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Mestre em História pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-Graduado em Direito Público Global pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM). Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio/Ibmec e em Direito Internacional pela EBRADI. Graduado em História pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor e Coordenador na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1429719832202961>

3 - Doutor em Teoria do Direito (*Magna cum laude*) (PUC Minas). Mestre em Teoria do Direito (PUC Minas). Professor da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Professor do Instituto Elpídio Donizetti (IED) e no Instituto de Educação Continuada (IEC/PUC Minas). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9916390432014122>.



SUMÁRIO: Introdução; 1. Aspectos gerais sobre o controle de constitucionalidade; 1.1. Delimitação do tema: controle judicial e controle político; 2. Análise comparativa aos modelos de controle de constitucionalidade; 2.1. Controle de constitucionalidade no Brasil; 2.2. Controle de constitucionalidade na França; 3. Controle de constitucionalidade jurídico como um modelo democrático; 3.1. Ativismo judicial no controle de constitucionalidade; 3.2. Modelo francês: um exemplo de evolução constitucional; 3.3. Ativismo judicial, uma realidade de todos os modelos de controle de constitucionalidade; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo versará sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, em uma análise comparativa ao modelo adotado na França, estabelecendo as características dos modelos político e jurídico, com seus aspectos positivos e negativos. Será abordado, também, como o ativismo judicial pode ser visto sob a ótica dos princípios constitucionais, como democracia e separação de poderes, e analisar em que medida o modelo político adotado na França pode contribuir para legitimar o atual modelo brasileiro. Desse modo, esta pesquisa terá por foco analisar o modelo de controle de constitucionalidade francês em comparação ao modelo brasileiro, especificamente em relação ao órgão incumbido dessa função, para, assim, averiguar qual modelo de controle de constitucionalidade tende a ser mais vantajoso e se as críticas realizadas ao ativismo judicial merecem prosperar. Quanto aos procedimentos metodológicos, a pesquisa bibliográfica e análise legislativa foram utilizadas para estabelecimento das premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema escolhido. Essas opções mostraram-se relevantes, porque permitiram estabelecer os parâmetros necessários para concatenar as relações entre o modelo francês e o brasileiro de controle de constitucionalidade. A análise do estudo permitiu concluir que o modelo francês, classicamente considerado um modelo político, vem evoluindo para um modelo jurídico, e que, embora seja criticado, o controle jurídico é um modelo democrático e se mostra mais eficiente para a função. Desse modo, não se deve buscar separar os modelos, e sim pensar em um modelo inovador, que unifique as qualidades que cada forma de controle pode ter.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Ativismo Judicial. França. Controle Político. Controle Jurídico.

ABSTRACT: This article will address the control of Brazilian constitutionality in a comparative analysis to the model adopted in France, establishing the characteristics of the political and legal models with their positive and negative aspects. It will also be discussed how judicial activism can be seen from the perspective of constitutional principles, such as democracy and separation of powers, and analyze to what extent the political model adopted in France can contribute to legitimize the current Brazilian model. Thus, this research will focus on analyzing the French constitutional review model compared to the Brazilian model, specifically in relation to the body in charge of this function, in order to determine which constitutional review model tends to be more advantageous and if the criticisms made to judicial activism deserve to prosper. As for the methodological procedures, bibliographical research and documental analysis were used to establish the conceptual and practical assumptions applied to the chosen theme. These options proved to be relevant because they allowed the establishment of the necessary parameters to correlate the relations between the French and Brazilian models of constitutional review. The analysis of the study allowed us to conclude that the French model, classically considered a political model, has been evolving into a legal model, and that, despite being criticized, legal control is a democratic model and is more efficient for the function. Thus, one should not seek to separate the models, but think of an innovative model that unifies the qualities that each form of control can have.

KEYWORDS: Constitutional Review. Judicial Activism. France. Political Control. Legal Control.



INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, por meio do direito comparado, as características do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro em relação ao francês. De forma mais específica, busca-se um estudo sobre o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e versar sobre em que medida o modelo utilizado na França pode servir de inspiração a um possível aprimoramento do modelo nacional.

Voltando os olhos ao STF, o presente estudo se direcionará nas questões referentes ao órgão que desenvolve o controle de constitucionalidade. Em observância aos princípios constitucionais, verificar-se-á as implicações do ativismo judicial e em que medida outras experiências podem ajudar no seu aperfeiçoamento.

Quanto aos procedimentos metodológicos, a pesquisa bibliográfica e a análise legislativa foram utilizadas para o estabelecimento de premissas conceituais e práticas, aplicadas ao tema escolhido (BARRAL, 2016, p. 61). Soma-se a isso a interlocução realizada por meio da perspectiva comparada, que buscou garantir ao operador do direito diversos olhares sobre o mesmo tema, dando subsídios para aperfeiçoar o ordenamento jurídico.

A contribuição de autores, como Soraya Gasparetto Lunardi (2011), Eugênio Facchini Neto e Leonardo Tricot Saldanha (2017) acerca do controle de constitucionalidade francês foram primordiais para a formulação de respostas ao problema de pesquisa. Noutro giro, doutrinadores nacionais, como Nathalia Masson (2016), Luís Roberto Barroso (2009), dentre outros, permitiram que a comparação de seus diversos trabalhos auxiliasse no desenvolvimento da presente pesquisa.

Sobre a organização do trabalho, inicialmente, serão apresentados os aspectos gerais, relacionados ao controle de constitucionalidade. A finalidade será elucidar os principais conceitos que envolvem o tema, especialmente o de supremacia da constituição, bem como abordar suas diferentes formas e como elas são aplicadas nos países que as adotam.

Na segunda parte, será desenvolvida uma abordagem histórica e teórica acerca do controle de constitucionalidade brasileiro e francês. Com isso, lançaremos algumas premissas sobre a adoção do controle jurídico no Brasil e do político na França.

Ao final, serão abordadas algumas críticas realizadas ao ativismo judicial no controle de constitucionalidade jurídico brasileiro, especialmente se analisados frente aos princípios democráticos e da separação dos poderes. A hipótese é que o ativismo judicial decorre, sem exclusão de outras possibilidades, das características do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse sentido, as ressonâncias do controle francês poderiam servir como uma forma dinâmica e inovadora de se pensar as características do modelo brasileiro.

À guisa de conclusão, percebeu-se que a separação entre um modelo jurídico e político tende a ser mais teórica do que prática, uma vez que não se pode conceber um modelo puramente jurídico, ou político. Nesse sentido, a criação de um novo modelo com o que o jurídico e político tem de melhor a oferecer pode ser a solução a algumas críticas, bem como isso poderia marcar uma evolução à teoria do controle de constitucionalidade.



1. ASPECTOS GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ponto nodal que sustenta o controle de constitucionalidade está ligado à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Configura-se, assim, tanto a garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais, quanto os limites ao poder do Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito. Nas palavras de Canotilho (1992, p. 969), a instituição da fiscalização da constituição das leis e demais atos normativos constitui, nos modernos Estados democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento e da observância das normas constitucionais.

Controlar a constitucionalidade significa, em termos gerais, a verificação da adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a norma fundamental, verificando seus requisitos formais e materiais. Nas palavras de Hans Kelsen (1985, p. 285), “como a norma fundamental é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas”.

Mais especificamente, ele afirma:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outras normas, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos, é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora (*Ibidem*, p. 310)

Se olharmos apenas a ordem jurídica estatal, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado (*Ibidem*). Dessa maneira, a Constituição, considerada a lei fundamental de um Estado, é, conforme preceitua José Afonso da Silva:

A organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias (SILVA, 2010, p. 37/38).

A consequência dessa hierarquia, nos dizeres de Paulo Bonavides, “é o reconhecimento da ‘superlegalidade constitucional’, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania” (BONAVIDES, 2010, p. 296).

Dessa forma, incumbe ao poder legislativo a obrigação de elaborar as demais normas sempre em consonância com a constituição. No entanto, em que pese essa obrigação, por vezes, são elaboradas, promulgadas e publicadas normas contrárias à Carta Magna. Daí surge a necessidade de criar mecanismos para retirar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais. A forma estabelecida para garantir essa harmonia no ordenamento jurídico é por meio do controle de constitucionalidade, que, conforme visto anteriormente, trata-se de um instituto que visa declarar inconstitucional toda lei contrária à Constituição, bem como declarar inconstitucional a omissão diante de normas constitucionais que determinam um agir. Vale mencionar que essas formas de controle podem ser realizadas de maneira preventiva, ou seja, antes de promulgada a

lei, ou de forma repressiva, após a publicação da lei.

Embora determinada a necessidade do mecanismo de controle de constitucionalidade, surge a controvérsia acerca de qual órgão terá poderes e legitimidade para tanto. Segundo Bonavides, essa discussão envolve “um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes.” (BONAVIDES, 2010, p. 297).

Nessa seara, seguiremos o caminho de Mauro Cappelletti (1984, p. 26), que afirma existirem basicamente dois modelos: o controle jurisdicional e o controle político.

De um lado, o controle judicial ou jurisdicional, *judicial review* significa, pois, um sistema em que o controle seja confiado a órgãos judiciários, exercendo uma função jurisdicional. Nas palavras do autor:

O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz (CAPPELLETTI, 1984, p. 26).

Do outro lado, em alguns países, ao invés do controle jurisdicional, existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar de políticos, e não judiciários.

Usualmente nestes sistemas, o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais (CAPPELLETTI, 1984, p. 27).

Vejamos, mais especificadamente, cada um desses sistemas.

1.1. Delimitação do tema: controle judicial e controle político

O controle de constitucionalidade jurisdicional, também denominado *judicial review*, consiste na faculdade atribuída aos órgãos do Poder Judiciário de declarar inconstitucional uma norma contrária à Constituição. Dessa forma, por esse modelo, um juiz, ao analisar um caso concreto, pode detectar que a norma aplicada seja contrária à constituição e declará-la inconstitucional (controle difuso), ou também pode haver órgãos de cúpula destinados especificamente a analisar as normas em abstrato e verificar sua compatibilidade com a constituição (controle concentrado), ficando a critério do Estado qual modelo adotar.

Por exemplo, conforme Alexandre de Moraes (2017, p. 524), “no Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa”, ao passo que o Estados Unidos adota o modelo difuso, e a Áustria, o modelo concentrado.

Existem duas formas de controle de constitucionalidade judicial: o controle por via de exceção (controle difuso) e o controle por via de ação (controle concentrado).

O controle por via de exceção teve sua origem nos Estados Unidos, em 1803, após a



célere decisão no caso “Marbury v. Madison”, relatado pelo *Chief Justice* da Corte Suprema, John Marshall. No caso, afirmou a supremacia jurisdicional sobre todos os atos dos poderes constituídos, inclusive sobre o Congresso dos Estados Unidos da América, permitindo-se, ao Poder Judiciário, mediante casos concretos postos em julgamento, interpretar a Carta Magna, adequando e compatibilizando os demais atos normativos com suas superiores normas (MORAIS, 2017, p. 520). Segundo o *Chief Justice*:

Não há meio termo entre essas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível juntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável (MARSHALL, 1908).

Dessa forma, segundo esse modelo, é possível que qualquer juiz ou tribunal decida a respeito da inconstitucionalidade de uma norma apontada diante de um caso concreto. A referida decisão, quando reconhecer a inconstitucionalidade, possui eficácia *inter partes*, abrangendo somente as partes objeto do litígio. Assim, “a lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutra feita, a menos que o poder competente a revogue” (BONAVIDES, 2010, p. 303).

Percebe-se, pois, que a discussão no judiciário, primariamente, não gira em torno da inconstitucionalidade de um ato normativo, e sim sobre um conflito, no qual uma norma que a ele se aplicaria foi detectada com incompatibilidade à constituição, resultando na declaração de inconstitucionalidade por via de exceção.

Posterior ao controle de constitucionalidade difuso, foi criado, em 1920, pela Constituição Austríaca, de forma inédita, um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse tribunal, não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais (MORAIS, 2017, p. 521).

O controle de constitucionalidade concentrado, pois, foi criado em um momento de forte crise democrática, marcado por uma divergência entre a vontade popular e as manifestações legislativas durante o período nazista. Assim, a desconfiança em relação à arbitrariedade do poder legislativo justifica a preferência dos países adotantes desse modelo por um controle exercido pelo poder judiciário.

O controle de constitucionalidade concentrado é realizado em abstrato, ou seja, o pedido principal da ação é a declaração de inconstitucionalidade, e possui eficácia *erga omnes*, ou seja, seus efeitos atingem a todos. Dessa forma, “não há, neste processo, uma ocorrência fática ou pretensões resistidas, sendo o controle realizado em um processo pela doutrina denominado ‘objetivo’” (MASSON, 2016, p. 1091).

Essa forma de controle, segundo Paulo Bonavides (2010, p. 303), “caracteriza-se por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta”. Em outras palavras, significa que se a lei for declarada inconstitucional, deverá ser removida do ordenamento jurídico.

Em suma, o controle de constitucionalidade judicial é um dos modelos atualmente mais utilizados, sendo considerado uma tendência mundial.

O controle de constitucionalidade político, por sua vez, consiste no controle realizado por órgãos que não possuem natureza jurisdicional. Dessa forma, pode ser realizado pelo Poder Legislativo, Executivo e até mesmo por um órgão distinto dos três poderes, por exemplo um conselho constitucional (CAPPELLETTI, 1984).

Justifica-se a adoção por esse modelo devido ao fato de que “determinados sistemas constitucionais, reconhecendo que o controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos e confere ao órgão exercitante uma posição de preeminência no Estado, cuidam mais adequado e aconselhável cometê-lo a um corpo político” (BONAVIDES, 2010, p. 301).

O referido controle de constitucionalidade teve sua origem na França, por meio da obra do jurista Sieyès, o qual, segundo Bonavides, “propôs um mecanismo político de controle, o qual cuidava de interpretar e remediar o sentimento nacional de desconfiança contra os tribunais do *ancien régime*” (BONAVIDES, 2010, p. 300). Assim, diferente da Áustria, que era marcada por um Poder Legislativo arbitrário, na França, era o Poder Judiciário que carecia de confiança, pois o *ancien régime* foi um período marcado por juízes conservadores e invasivos.

Dessa forma, o exemplo clássico do controle de constitucionalidade político é o modelo francês, o qual é exercido por um conselho constitucional, criado em 1958, pela 5ª República. O referido órgão exerce o controle de constitucionalidade, de forma preventiva e repressiva:

O modelo francês prevê um controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional, que, no transcurso do processo legislativo, poderá, desde que provocado pelo Governo, ou pelo presidente de qualquer das Casas legislativas, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda, antes de sua promulgação (...)

(...) Em 23 de julho de 2008, a Constituição francesa foi alterada, tendo o Presidente da República promulgado lei de revisão constitucional “*de modernisation des institutions de la Vème République*” (da modernização das instituições da Quinta República) (...)

(...) A lei de revisão constitucional consagrou na França o tradicional controle abstrato de constitucionalidade, passando a permitir a denominada exceção de inconstitucionalidade (*exception d'inconstitutionnalité*) e concedendo ao Conselho Constitucional o poder para o exercício do controle repressivo, nos moldes teorizados por Hans Kelsen (MORAIS, 2017, p. 521).

Paulo Bonavides, citando Michel-Henry Fabre, demonstra que:

A meta do controle político é assegurar a repartição constitucional das competências, relegando a segundo plano a proteção direta das liberdades individuais. O seu principal efeito, acrescenta o publicista, consiste em tolher o nascimento jurídico da lei inconstitucional.” (*apud* BONAVIDES, 2010, p. 300/301).

A adoção desse modelo de controle de constitucionalidade se justifica também pela estrita observância do princípio da separação de poderes, segundo o qual não se defenderia uma ingerência do poder judiciário nas funções atribuídas ao poder legislativo, evitando, ao máximo, o ativismo judicial.

2. ANÁLISE COMPARATIVA AOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Controle de constitucionalidade do Brasil

O direito constitucional brasileiro vivenciou fortes crises democráticas ao longo de seus períodos ditatoriais. A Constituição de 1988 (aplicada atualmente), a qual foi promulgada com base em princípios democráticos, marcou um avanço para o controle de constitucionalidade brasileiro. O atual controle de constitucionalidade no direito brasileiro é inspirado nos modelos estadunidense e austríaco e surgiu de forma gradativa, desenvolvendo, assim, nos dizeres de Carlos Roberto “um sistema *sui generis*, com características próprias”. O controle difuso realizado por juízes em casos concretos, e o controle concentrado realizado por um órgão de cúpula (Supremo Tribunal Federal - STF). (DUTRA, 2003, p. 8).

É também previsto o controle preventivo como sendo aquele realizado durante o processo de formação das normas, que é feito pelo próprio Poder Legislativo, por meio da Comissão de Constituição e Justiça, e pelo Poder Executivo, através do veto jurídico.

As principais modificações do controle de constitucionalidade realizadas pela atual Constituição são sintetizadas por Carlos Roberto Dutra (2003, p. 17-18):

Podem ser apontadas as seguintes modificações significativas em relação ao regime anterior: (i) a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que era exclusiva do Procurador-Geral da República, foi consideravelmente ampliada, reconhecendo-se a sua importância jurídica (art. 103, inciso I a IX); (ii) tornou-se obrigatória a manifestação do Procurador-Geral da República nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, § 1o); (iii) cria-se a figura do Advogado-Geral da União, a quem cabe a representação judicial e consultoria da União e, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3o); (iv) criou-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2o) e o mandado de injunção (art. 5o, LXXI); (v) criou-se um mecanismo destinado à arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único, regulamentado, posteriormente, pela Lei 9.882/99); (vi) atribuiu ao Senado Federal a competência de retirar a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X); (vii) reconheceu expressamente a possibilidade de os Estados-membros instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Carta estadual (art. 125, § 2º).

Enquanto no controle de constitucionalidade difuso é previsto uma ampla legitimada ativa, ao passo que qualquer interessado em seu direito de ação pode arguir a inconstitucionalidade da lei, e pela sua ampla variedade de órgãos jurisdicionais aptos a analisar a constitucionalidade da lei, no controle concentrado, o órgão incumbido de julgar a ação é unicamente o STF. O seu rol de legitimados ativos é delimitado e taxativo, embora tivesse, com a atual constituição, uma ampliação significativa. Possuindo legitimidade para tanto, conforme art. 103 da CF/88:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No controle concentrado, é prevista a possibilidade de ingressar com uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) (art. 102, I, a), com a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (art. 102, I, a), com a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (art. 102, §1º) e com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 103, §2º).

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade visam “tutelar a ordem constitucional objetiva por meio da instauração, no STF, de um processo de fiscalização abstrata” (MASSON, 2016, p. 1145). Assim, é cabível à ADI quando uma lei ou ato normativo federal é manifestamente contrário à constituição, enquanto é cabível à ADC em relação à determinada norma, quando for comprovada relevante controvérsia judicial acerca da matéria.

Já a ADPF consiste em um procedimento que visa dar uma maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos do Poder Público e na concretização dos direitos fundamentais. O qual é cabível, conforme Alexandre de Moraes, em três hipóteses:

Para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. (MORAIS, 2017, p. 559).

A ADO, por sua vez, trata de um importante procedimento para sanar uma omissão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, que visa corrigir a inércia desses Poderes em legislar a respeito de normas de eficácia limitada não regulamentadas.

Assim, a atual constituição previu, de forma ampla e significativa, procedimentos para o controle de constitucionalidade, possuindo cada ação um objeto específico e uma finalidade comum, qual seja resguardar a constituição e expurgar do ordenamento jurídico normas inconstitucionais.

Em relação aos efeitos das decisões no controle difuso realizado por juízes, em casos concretos possuem efeitos *inter partes*, o que pode resultar em insegurança jurídica, devido à possibilidade de decisões diversas para casos semelhantes. Tendo em vista esse argumento, foi atribuída ao Senado Federal, conforme artigo 52, X da CF/88, a competência de retirar a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao controle concentrado, as decisões proferidas nos procedimentos de ADI, ADC e ADPF produzem eficácia *erga omnes*, efeito vinculante e *ex tunc*, sendo possível a modulação

dos efeitos temporais, quando houver a declaração de inconstitucionalidade da norma. O principal objetivo do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* não é engessar o ordenamento jurídico, e sim evitar incertezas, decisões contraditórias e garantir maior segurança jurídica, ao passo que casos semelhantes terão respostas semelhantes, em virtude do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de ser um efeito positivo da decisão, pode ser visto negativamente, devido à força atribuída a um órgão do Poder Judiciário, que, de certa forma, vai contra a independência funcional da magistratura. Mas que, por outro lado, não limita a atuação do Poder Legislativo, o qual pode tanto revogar a lei declarada constitucional, como criar outra semelhante a uma declarada inconstitucional.

Em relação à eficácia temporal, justifica-se pela teoria da nulidade e pela adoção do efeito retroativo, ao passo que uma norma declarada inconstitucional é considerada nula desde sua criação, não produzindo efeito algum, salvo hipóteses justificadas, em que os ministros poderão modular os efeitos temporais da decisão.

Diferente das decisões das ações citadas acima, a decisão a respeito da ADO se trata de um impulso para o órgão inerte se manifestar e suprir a omissão, não sendo possível realizar o ativismo judicial, dessa forma, segundo Nathalia Masson, a referida ação atribui ao STF:

(...) tão somente, o poder de noticiar (ou cientificar) o legislador ou órgão administrativo que incorre em mora, para que o responsável adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não está o Supremo Tribunal Federal autorizado, em razão dos próprios limites fixados pela Constituição (em seu art. 103, § 2º), a produzir um provimento normativo no intuito de superar a letargia do órgão inadimplente e, com isso, resolver de vez o estado de inconstitucionalidade. (MASSON, 2016, p. 1131).

Pelo exposto, podemos observar que o Brasil adota um controle de constitucionalidade aparentemente eficaz, pois é previsto tanto o controle preventivo, como o repressivo em suas duas formas, difuso e concentrado. Ainda assim, é um modelo que precisa ser aprimorado, pois existem várias críticas que serão abordadas em tópico próprio.

2.2. Controle de constitucionalidade da França

As primeiras constituições francesas eram incompletas, ao passo que não previam em seu texto legal os valores mais caros da sociedade, como os direitos fundamentais. Fato que muda drasticamente com a revolução francesa, movimento que “culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e na Carta Magna de 1791, representa incontestemente marco para a evolução do Direito Constitucional, como técnica de limitação do poder Estatal com fins tutelares ao indivíduo.” (TEIXEIRA, 2016, p. 2).

A França, embora tivesse grande destaque em relação ao movimento revolucionário de 1789, ainda assim foi insuficiente no que tange ao controle de constitucionalidade da lei. Conforme João Pedro Teixeira (2016, p. 02), “durante séculos, tal qual a generalidade dos países da Europa Continental, a França subjugou-se ao primado do parlamento, à primazia da lei”.

Considerando que a França foi marcada pelo período do *ancien regime*, a ideia do controle

de constitucionalidade não era pacificamente aceita. Primeiramente, porque se presava muito a noção de que só a um poder caberia à responsabilidade de elaborar as leis e, dessa forma, atribuir um controle de constitucionalidade a órgão diverso do parlamento seria algo impensável.

Um dos motivos mais marcantes para a aversão dos franceses ao controle judicial de constitucionalidade era a revolta em relação aos juízes do *Ancien Régime*:

Tais tribunais, que graças ao princípio da hereditariedade e da venalidade dos cargos tornaram-se bastante independentes, eram tidos como guardiões das ‘leis fundamentais do reino’ (*lois fondamentales du royaume*) e, através do *droit d’enregistrement* (direito de registro), dispunham de um notável controle sobre os atos legislativos régios. Através do ‘registro’ dos atos normativos do soberano controlava-se se tais atos eram ou não compatíveis com as “leis fundamentais do reino”, tidas como tais de acordo com a divisão dos próprios magistrados. (...) Além disso, em casos de lacuna normativa, podiam pronunciar *arrêts de règlement*, de natureza substancialmente legislativa (NETO; SALDANHA, 2017, p. 149/150).

Apesar de toda essa aversão ao controle de constitucionalidade, houve algumas tentativas de inseri-lo no ordenamento francês, sendo, de acordo com Turpin, a mais conhecida tentativa de oferecer uma garantia externa da rigidez constitucional, feita pelo teórico Abade Sieyès:

Sieyès tentou em 1793, participando dos trabalhos de elaboração da Constituição do Ano III, criar um órgão especializado, o “Júri constitucional” (por ele denominado de *Jurie constitutionnaire*), que teria competências de controle de constitucionalidade das leis. A proposta de Sieyès não obteve êxito, permanecendo em vigor a vedação de controle externo das leis. (TURPIN, apud LUNARDI, 2011, p. 287).

Embora os esforços de Sieyès juntamente com juspublicistas da época, as ideias de adoção de um controle de constitucionalidade inspirado nos modelos estadunidense e austríaco não prosperaram.

Somente após 170 anos da Revolução Francesa, conforme Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, “a Constituição de 1958, ainda vigente, alterou o cenário com a criação do *Conseil Constitutionnel*, com a missão de efetuar um controle prévio de constitucionalidade – verdadeira ‘jaboticaba’ francesa” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 143). Assim sendo, o controle do Conselho é um ato inserido no processo legislativo de formação das normas, sendo sua intervenção anterior ao ato de promulgação, o que o caracteriza como preventivo.

Dessa forma, a Constituição da Quinta República implantou na França um controle de constitucionalidade político – visto que é realizado por um órgão diverso do Poder Judiciário, o qual iniciou seus trabalhos em março de 1959 –, que possui como função precípua, de acordo com Soraya Gasparetto, “o controle da constitucionalidade das leis, incluindo-se em suas competências fiscalizadoras os textos de origem legislativa, tratados internacionais e regimentos dos corpos parlamentares.” (LUNARDI, 2011, p. 290).

O Conselho Constitucional, conforme artigo 56 da Constituição de 1958, é composto de nove membros nomeados. Entre os membros nomeados, três são escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e outros três pelo Presidente do Senado. Todos exercem mandato de nove anos, sem possibilidade de recondução, e um terço dos membros se renova a cada três anos. (Constituição Francesa, 1958).

O mesmo artigo dispõe que, além dos nove membros indicados, os Presidentes da República se tornam, automaticamente, membros vitalícios do Conselho Constitucional após o fim de seus mandatos.

Esse artigo 56 também não fixa requisitos para a nomeação de membros para o conselho constitucional, assim, não é necessário como no Brasil a exigência de notável saber jurídico e reputação ilibada, bastando para tanto a vontade política de quem faz a nomeação. No entanto, conforme Soraya Gasparetto “na prática grande maioria dos membros do Conselho é escolhida entre magistrados de carreira, advogados ou professores de Direito Constitucional.” (LUNARDI, 2011, p. 289).

De acordo com os artigos 46 e 61 da Constituição, as leis orgânicas que disciplinam a organização dos poderes públicos e os regimentos do Poder Legislativo são submetidas a controle obrigatório do Conselho. Enquanto os outros textos normativos são submetidos a controle se houver iniciativa das autoridades legitimadas. (Constituição Francesa, 1958).

Conforme os artigos 54 e 61 da Constituição, são legitimados para tanto, mediante apresentação endereçada ao Conselho, o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, os Presidentes da Assembleia Nacional e do Senado e, a partir da reforma constitucional realizada em 1974, também sessenta deputados ou senadores. (Constituição Francesa, 1958).

A atuação do Conselho Constitucional era bastante limitada, pois não se podia exercer o controle de constitucionalidade em relação aos direitos fundamentais, o que, de acordo com João Pedro, muda após a decisão de 71- 44 de 1971, que cria o bloco de constitucionalidade:

Com isto, além do texto formal da Carta de 1958, o bloco de constitucionalidade passou a ser integrado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 (IV República), pelos Princípios Fundamentais reconhecidos pelas Leis da República e, mais tarde, também pela Carta Ambiental de 2004. (TEIXEIRA, 2016, p. 4).

Durante os cinquenta anos seguintes à Constituição de 1958, o controle de constitucionalidade era realizado apenas de forma preventiva. Dessa forma, de acordo com Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, “caso o *Conseil* rejeitasse a arguição, ou não fosse acionado, a lei, uma vez sancionada, não mais poderia ser questionada sob o argumento de sua inconstitucionalidade.” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 144).

Todavia, a reforma constitucional de 2008 introduziu o artigo 61-1, o qual criou um instituto que, conforme Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, “ideologicamente, contradiz os valores revolucionários. Trata-se da Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC), que possibilita a prevalência de vontade outra que não a do parlamento.” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 144). Essa referida forma de controle passou a ser aplicada em março de 2010.

A arguição de QPC, conforme Soraya Gasparetto:

Permite que o tribunal que julga um processo comum peça o exame da constitucionalidade de uma lei ao Conselho de Estado ou ao Tribunal de Cassação quando essa lei “viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição”. Esses tribunais superiores podem enviar a lei ao Conselho Constitucional para apreciação definitiva de sua constitucionalidade. (LUNARDI, 2011, p. 293).

Dessa forma, foi implantado na França um modelo repressivo semelhante ao modelo Austríaco, ou seja, realizado de forma concentrada por um órgão de cúpula. Embora seja um grande passo, ainda carece de reparos, pois, conforme Soraya Gasparetto, “só pode servir como parâmetro a alegada violação de direitos fundamentais e não toda e qualquer violação do texto constitucional.” (LUNARDI, 2011, p. 294).

Soraya Gasparetto estabelece, ainda, três objetivos principais da QPC: “afastar disposições legais inconstitucionais; permitir que os litigantes façam valer seus direitos protegidos pela Constituição, considerando especialmente o Preâmbulo; garantir a efetividade do texto constitucional no sistema jurídico.” (LUNARDI, 2011, p. 293).

Como já abordado, apesar das resistências a um controle de constitucionalidade repressivo, até o momento, tem-se, conforme João Pedro, que a “QPC já se incorporou, com ânimo definitivo, à tradição e ao sentimento constitucional francês.” (TEIXEIRA, 2016, p. 6).

Nos próximos tópicos, serão abordados alguns aspectos práticos do modelo de controle adotado na França em comparação ao modelo brasileiro, em uma análise crítica, evidenciando a constante evolução do controle de constitucionalidade francês para o modelo jurídico.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURÍDICO COMO UM MODELO DEMOCRÁTICO

3.1. Ativismo judicial no controle de constitucionalidade

O STF, atuando como o órgão responsável pela realização do controle concreto de constitucionalidade, desempenha um papel ativo na vida institucional e política brasileira, dessa forma, as decisões dessa corte têm sido alvos de elogios e críticas. Assim, desenvolve-se a necessidade de analisar cuidadosamente os aspectos dessas decisões, em frente ao denominado ativismo judicial, sob uma análise direta, com os princípios da separação de poderes e do estado democrático.

Primeiramente, precisamos entender o termo judicialização, para compreendermos de que forma o ativismo judicial pode ser benéfico ou prejudicial à situação atual do Brasil. Nos dizeres de Luís Roberto, “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais” (BARROSO, 2009, p. 12).

Pela história do Brasil, podemos perceber que o Poder Judiciário era visto como um mecanismo de tentar conter os abusos do Poder Executivo, principalmente na época das ditaduras. Dessa forma, justifica-se a força atribuída ao Poder Judiciário pelos fenômenos da Constitucionalização e Redemocratização, implantados pela Constituição de 1988.

Assim, segundo Luís Roberto, “nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.” (BARROSO, 2009, p. 12). Pois ao constitucionalizar uma matéria, você transforma política em direito, e, dessa forma, abre margem para a judicialização dessa matéria.

Podemos perceber a importância do controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tanto na forma difusa como concentrada, como meio de fortalecer a judicialização e consequentemente o ativismo judicial. O que permite que a maioria das questões políticas ou moralmente relevantes sejam analisadas pelo STF.

Para exemplificar, conforme Gilmar Mendes:

O Tribunal também tem analisado complexas questões quanto à demarcação de terras indígenas, tendo em vista que a Constituição de 1988 reconhece como direito dos índios as terras por eles tradicionalmente ocupadas, competindo ao Estado realizar sua demarcação, proteger e fazer respeitar todos os seus bens e valores culturais.

(...)o Tribunal debateu sobre a constitucionalidade das pesquisas científicas com células embrionárias humanas, com ampla repercussão em toda a sociedade brasileira.

(...)reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e declarou a inconstitucionalidade da omissão legislativa com a aplicação, por analogia, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. (MENDES, s/d, p. 1/2).

Importante frisar a conclusão de Luís Roberto, acerca da judicialização:

(...) em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem. (BARROSO, 2009, p. 13/14)

Compreendida a prerrogativa atribuída ao Poder Judiciário referente à judicialização, é possível entender o ativismo judicial, que consiste, nos dizeres de Luís Roberto, em “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, 2009, p. 14). Dessa forma, segue o autor, “trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.” (BARROSO, 2009, p. 20).

Indica, nos dizeres de Andrei Koerner:

Uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. (KOERNER, 2013, p. 72).

Anteriormente, a Constituição Cidadã era aplicada à autocontenção judicial, que é o oposto do ativismo judicial utilizado atualmente. Assim, segundo Luís Roberto, o “ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir

o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.” (BARROSO, 2009, p. 15)

Nesse sentido, o ativismo seria, segundo Andrei Koerner, citando Miarelli e Lima, “um desdobramento do dever dos juízes de não só interpretar a Constituição, mas também torna-la efetiva, e uma necessidade objetiva decorrente da chamada inoperância dos outros poderes e a omissão patológica do Poder Legislativo.” (MIARELLI, LIMA, apud KOERNER, 2013, p.72).

Luís Roberto expõe as três formas de manifestação desse fenômeno:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 14).

O Poder Judiciário, principalmente por seu órgão de cúpula, ao exercer o controle de constitucionalidade, tem atuado de maneira bastante ativista, manifestando-se em situações em que não há uma norma constitucional regulamentando, nem mesmo normas infraconstitucionais. Por exemplo, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo, ou regras eleitorais.

O ativismo judicial é positivo, ao passo que atende demandas sociais que não foram atendidas pelos demais poderes, mas também é visto negativamente por colocar em risco a legitimidade democrática, resultar na politização da justiça e prejudicar a separação de poderes. Assim, conforme Luís Roberto, “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.” (BARROSO, 2009, p. 20).

Os riscos à legitimidade democrática são perceptíveis, pois democracia significa governo do povo, ou seja, o povo exerce a sua soberania, direta ou indiretamente. Assim, quando o povo elege seus representantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo está exercendo a democracia indireta, ocorre que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, e ainda assim, desempenham um poder político.

Dessa forma, a legitimidade do Poder Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade é contestada, pois, segundo Luís Roberto, “a possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso é identificada na teoria constitucional como *dificuldade contramajoritária*” (BARROSO, 2009, p. 16).

Esta expressão, “*dificuldade contramajoritária*”, foi desenvolvida por Alexander Bickel, e, de acordo com Jorge Ferraz, citando Alexander, “o controle é exercido não em favor da maioria, mas contra ela, e que a revisão judicial é um instituto antidemocrático (...) que a revisão judicial é uma instituição anormal (*deviant*) na democracia.”. (BICKEL, apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.32). Evidenciado uma oposição ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Apesar da resistência ao controle de constitucionalidade poder ser exercido pelo Poder

Judiciário, as justificativas para essa forma de controle podem ser normativas e filosóficas: aquela devido à previsão dessa prerrogativa no próprio texto constitucional, e esta devido ao fato de existirem tanto a democracia, como o constitucionalismo, e, assim, o constitucionalismo estabelece as regras a serem seguidas e atribui ao Poder Judiciário a prerrogativa de analisar o controle de constitucionalidade, de forma predominantemente técnica e imparcial.

Destaque-se que a prerrogativa atribuída ao judiciário, de exercer o controle de constitucionalidade, não fere a democracia, segundo o entendimento de que a democracia não se resume apenas na vontade da maioria, mas sim na participação política ampla, dessa forma, o grande papel da constituição, segundo Luís Roberto, é “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.” (BARROSO, 2009, p. 17).

Dworkin também defende o controle de constitucionalidade pelo poder judiciário, pois, para ele, não se trata de um modelo antidemocrático. De acordo com Jorge Ferraz, citando Dworkin:

(...) os procedimentos por intermédio dos quais são tomadas as decisões fundadas na vontade da maioria não são um fim em si mesmos, porquanto têm por propósito alcançar um objetivo maior, qual seja: o de garantir a igualdade dos cidadãos. Por essa razão, quando se emprega um procedimento não-majoritário (como é o caso do controle de constitucionalidade de leis) para proteger ou promover a igualdade entre os cidadãos, não se está indo contra a democracia, mas, pelo contrário, está-se garantindo a sua essência. (DWORKIN, apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 34).

Em que pesem os argumentos prós e contra a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade jurídico, tanto o modelo político, como o jurídico podem, em algumas hipóteses, falhar em seu mister de proteger a democracia em sua essência.

As críticas acerca da politização da justiça são no sentido de existirem decisões contramajoritárias, tendenciosas e partidárias, de acordo com o livre convencimento do juiz. Ocorre que, apesar de ser esperado que o ordenamento jurídico seja objetivo e as decisões do intérprete sejam imparciais, na prática não é possível que isso ocorra de forma absoluta, o que resulta em decisões que ferem esses ideais e maculam a imagem do judiciário.

Contudo, de acordo com Jorge Ferraz, citando Mendes, “o afastamento, ainda que relativo, do magistrado de questões políticas e sua concentração exclusiva na dimensão de princípio, comparativamente a inúmeros outros fatores que o legislador tem de sopesar ao votar uma lei, confere ao juiz, (...), condições privilegiadas para decidir com isenção”. (MENDES, apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 35).

Dessa forma, apesar de existirem decisões viciadas, essas não são de acordo com a atribuição do judiciário, pois, de acordo com as normas e princípios do ordenamento pátrio, os juízes, ao exercerem o controle de constitucionalidade, devem, segundo Luís Roberto:

(i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. (BARROSO, 2009, p. 19).

E, por último, as críticas em relação à separação de poderes se dão em razão da Constituição estabelecer a independência entre os três poderes e atribuir a cada um funções típicas e atípicas. Dessa forma, cabe ao judiciário julgar, ao executivo administrar e ao legislativo legislar, mas, apesar dessas atividades distintas, eles exercem atipicamente atividades atribuídas a outro poder.

Assim, quando o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade, principalmente em questões de divergências e lacunas na lei, ele interfere na esfera do Poder Legislativo, pois, ao exercer referida função, muitas vezes, ele atua como o próprio legislador, criando e delimitando a abrangência das normas.

Apesar da separação de poderes, segundo Luís Roberto, o “Legislativo, executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais.” (BARROSO, 2009, p. 19).

Mesmo com todas as objeções ao ativismo judicial, não se trata, porém, de o judiciário usurpar a função do Poder Legislativo, e sim de um trabalho em equipe de várias instituições, pois, segundo a teoria do diálogo, exposta por Jorge Ferraz, citando Mendes, “o diálogo institucional torna a comunidade jurídica sensível ao fato de que, na política e na democracia, as decisões são provisórias, não havendo se falar em “última palavra”, no controle de constitucionalidade de leis.” (MENDES, apud FERRAZ, p. 37). Dessa forma, de acordo com Jorge Ferraz:

O Poder Judiciário tem a prerrogativa de dar a última palavra quanto a determinado dispositivo previsto em lei ordinária, o que não impede, de outra banda, o poder reformador exercido pelo Poder Legislativo, de retirar da Constituição a norma que permitiu a declaração da inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário; ou mesmo de insistir na constitucionalidade da lei ou emenda constitucional, levando novo debate ao Poder Judiciário. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 26).

Assim, diante de todo o exposto acerca do ativismo judicial no controle de constitucionalidade, no próximo tópico, serão apresentadas algumas alternativas para legitimar o atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro em uma análise ao direito comparado, especificamente em relação ao direito francês.

3.2. Modelo Francês: um exemplo de evolução constitucional

Primeiramente, cumpre ressaltar os prós e contras dos modelos de controle de constitucionalidade político e jurídico. O modelo político é muito criticado, ao passo que suas decisões tendem ao subjetivismo, a uma sobreposição da política ao direito, prioriza a maioria em detrimento da minoria, mas, por outro lado, é elogiado por respeitar a separação de poderes e legitimar a democracia, enquanto o modelo judicial é criticado por não possuir o apoio do povo, pois é um órgão não eletivo, mas que também é muito aceito, visto que as decisões são marcadas pelo objetivismo, neutralidade, imparcialidade e conhecimento técnico-jurídico, e por possuir um controle contramajoritário em proteção das minorias.

O modelo de controle de constitucionalidade francês é o exemplo mais usado de modelo político, o que a princípio induz a pensar que se trata de um modelo compatível com a democracia

e que não fere a separação de poderes, uma vez que o controle de constitucionalidade é feito por um órgão diverso do Poder Judiciário.

Ocorre que, diante de uma análise comparatista ao modelo clássico de controle de constitucionalidade político, podemos perceber que até a França, um país com forte resistência a um controle constitucional jurídico, não passou imune às correntes ideológicas de mudança para o controle de constitucionalidade realizado pelo judiciário, principalmente após a instituição, em 2008, da QPC, que é a primeira forma de controle repressivo na França.

Além da QPC, realizada pelo conselho constitucional, a jurisdição constitucional também pode ser exercida por órgãos jurisdicionais diversos, em modalidades e casos específicos. João Pedro elucida essas situações:

A inconstitucionalidade formal das normas, por exemplo, pode ser suscitada perante qualquer juiz. Destarte, questões relacionadas a vícios atinentes ao processo legislativo (*inconstitucionalidade formal propriamente dita*) ou à competência do órgão legiferante para editar a norma (*inconstitucionalidade orgânica*) podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário como um todo. (TEIXEIRA, 2016, p. 7).

O conselho constitucional francês, órgão de grande prestígio institucional e legitimidade social, ainda que comumente considerado um órgão político, pode ter sua natureza não jurisdicional contestada segundo três argumentos, de acordo com Soraya Gasperetto:

O primeiro diz respeito ao *status* dos membros do Conselho, que possuem garantias de neutralidade e independência que não se diferenciam daqueles vigentes para os magistrados.

O segundo diz respeito aos parâmetros de controle de constitucionalidade. O Conselho Constitucional avalia, mediante interpretação jurídica, a conformidade de um dispositivo com os mandamentos constitucionais. Todas as suas decisões devem ser fundamentadas, tal como ocorre com qualquer outra decisão do Judiciário. (...)

Argumentos de oportunidade ou de preferência pessoal política não podem ser excluídos como razões de decisão. Mas isso pode ocorrer em qualquer outro país que tem justiça constitucional. Nunca houve e nem poderia existir na França decisão fundamentada em considerações políticas: “O Conselho não decide de acordo com a equidade ou a oportunidade, mas com critérios exclusivamente jurídicos [...]. Só pode tomar uma decisão em função de considerações de pura e estrita legalidade constitucional. Por essa razão exerce o papel tradicionalmente atribuído ao juiz”. (LUNARDI, 2011, p. 296/297).

Enquanto na França o controle concentrado de constitucionalidade é realizado por um órgão político – o conselho constitucional –, no Brasil, esse controle é realizado por um órgão jurídico – o Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que a diferença entre esses órgãos é tênue, ao passo que o Conselho Constitucional é composto de nove membros nomeados, além de membros vitalícios (entre os membros nomeados, três são escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e outros três pelo Presidente do Senado), o STF é composto de onze membros (nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal).

Ainda que pela constituição francesa não exista nenhum requisito para escolher os membros, e que na constituição brasileira é necessário notável saber jurídico e reputação ilibada, assim, nenhuma das duas exigem que seus membros sejam juízes, mas na prática, em ambos os países, a maioria de seus membros são escolhidos entre juízes de carreiras, estudiosos do direito e advogados atuantes.

Assim como no Brasil, as decisões da corte francesa, embora na prática possa haver influência política, devem estar adstritas aos limites jurídicos estabelecidos na constituição, e não aos parâmetros políticos. Essas decisões, conforme artigo 62, “não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais” (Constituição francesa), apresentando efeitos típicos de decisões do Judiciário com força de coisa julgada.

Em relação à eficácia, assim como nas decisões referentes ao controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, as decisões do Conselho Constitucional francês referentes à QPC são sentenças de eficácia *erga omnes*, que vincula todas as autoridades administrativas e judiciais. Dessa forma, trata-se o modelo brasileiro de um modelo realmente jurídico? Ou seria o modelo francês um modelo jurídico?

Nessa lógica, tanto o modelo francês, como o modelo brasileiro podem ser considerados modelos híbridos, pois encontram representação democrática, ao passo que seus membros são escolhidos por agentes públicos eleitos pelo povo, e, por outro lado, as decisões são voltadas para o direito, especialmente os princípios fundamentais, devido às limitações constitucionais.

Assim, em uma análise aprofundada, a diferença entre o modelo brasileiro e o modelo francês é puramente técnica e, na prática, padecem dos mesmos vícios e acertos, uma vez que não se pode conceber um modelo absolutamente jurídico, ou político.

Nesse sentido, segundo Soraya Gaspareto, “não é correto afirmar que o modelo de controle de constitucionalidade francês é político, opinião essa que objetiva apresentar (e legitimar) o controle de constitucionalidade em outros países como puramente jurídico.” (LUNARDI, 2011, p. 297). Logo, as críticas realizadas ao controle de constitucionalidade feito por um órgão jurídico merecem ser repensadas, principalmente sob aspectos práticos, no que tange à democracia.

Em síntese, segundo Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, o “surgimento do controle de constitucionalidade, baseado no critério da argumentação jurídica, deve ser saudado como avanço em todos os lugares, inclusive na França. Ele combate a visão monolítica de decisão política e pode ser elemento de evolução social.” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 161).

3.3. Ativismo judicial: uma realidade de todos os modelos de controle de constitucionalidade

Como já explanado, existem críticas e elogios ao controle de constitucionalidade jurídico, e, até mesmo, países resistentes como a França já tendem a essa nova modalidade, mostrando que uma conciliação entre os dois modelos pode ser o caminho mais lógico a ser seguido.

Assim, ao invés de se buscar afastar o controle de constitucionalidade jurídico, deve-se legitimar um controle de constitucionalidade político que não exclua o exercício da *judicial review*. Pois, segundo Jairo e Rubens, dizer que o controle de constitucionalidade jurídico “não tem a mesma legitimidade democrática, quer dizer apenas que não são eleitos e sujeitos a *accountability*

eleitoral. Há várias outras formas de se pensar a legitimidade democrática dos juízes constitucionais” (LIMA, BEÇAK, 2016 p. 276)

Em complemento, segundo Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, “a história das democracias conheceu, porém, outras espécies de legitimidade, tais como legitimidade por identificação com o interesse geral (exercida por uma administração pública capaz e protegida), legitimidade por regulação (agências reguladoras) e legitimidade por reflexividade.” (NETO; SALDANHA, 2017, p. 159).

A democracia por reflexividade parte do ponto de que o povo não é uno, portanto, uma só vontade não representará a todos. Assim, segundo Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, citando Rosanvallon, “o principal responsável por apreender o povo em sua dimensão múltipla, tradicional e reflexiva é a Corte Constitucional (ROSANVALLON, apud NETO; SALDANHA, 2017, p. 159/160), pois, enquanto para o Poder Legislativo prevalece a maioria, para o Judiciário prevalece o raciocínio argumentativo.

Em continuidade, a favor da legitimidade democrática do judiciário são os dizeres de Eugênio Neto e Leonardo Saldanha, citando Rousseau: “se o Parlamento sempre foi a instituição da democracia representativa, a Justiça é o da democracia contínua” (ROUSSEAU, apud NETO; SALDANHA, p.160).

Diante de todas as exemplificações, segundo Jairo e Rubens, “as democracias modernas aceitaram como um dado irremovível a realidade de que juízes revisem a atuação legislativa.” (LIMA; BEÇAK, 2016. p. 280). Logo, observar o controle de constitucionalidade jurídico sob um viés negativo frente à democracia tende mais ao retrocesso do que à evolução do direito constitucional.

Partindo de um raciocínio lógico, de acordo com Hamilton, citado por Jorge Ferraz, “atribuir o dever de guarda da Constituição ao Poder Legislativo seria pouco produtor, pois não há de se esperar que o Legislativo que violou a Constituição na elaboração de más leis há de temperar o efeito destas, reparando como juízes o mal que fizeram como legisladores.” (HAMILTON, apud OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 28).

Em que pese o controle de constitucionalidade jurídico seja visto negativamente devido ao ativismo judicial, de acordo com José Roberto, “ativistas e não ativistas não contestam a supremacia judicial (o reconhecimento de que deve caber ao Poder Judiciário a última palavra a respeito do controle de constitucionalidade).” (BARROSO, 2010, p. 286).

Assim, por todo o exposto, inclusive pela análise ao modelo político francês, podemos perceber a tendência à legitimação do controle de constitucionalidade jurídico, e visualizar que assim como para alguns a democracia possa ser um óbice a esse modelo, para outros ela o consolida.

Em síntese, pela análise aos dois modelos de controle de constitucionalidade, podemos perceber que as exigências sociais atuais não permitem a existência de um modelo de controle de constitucionalidade absolutamente jurídico ou político, contudo, faz-se necessário buscar o que cada modelo tem de melhor para oferecer e, assim, edificar um modelo mais inovador e apto a responder as exigências sociais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal da presente pesquisa consistiu em analisar o controle de constitucionalidade político e jurídico, aplicável no Brasil e na França, e estabelecer como se desenvolve o ativismo judicial no Brasil. Assim, buscou-se averiguar de que forma o controle de constitucionalidade político poderia ou não servir de inspiração para uma aprimoração do modelo brasileiro.

Nesse raciocínio, inicialmente, a partir da explanação de conceitos, como a supremacia da constituição e verificação da necessidade de que todos os países que possuem constituições formais e rígidas necessitam da criação de um mecanismo apto a realizar o controle de constitucionalidade, foi explicado e exemplificado os modelos existentes de controle de constitucionalidade.

Posteriormente, foi realizada a contextualização histórica do modelo de controle de constitucionalidade jurídico aplicado no Brasil e do modelo político aplicado na França. Foi evidenciada a forte resistência francesa à adoção do controle de constitucionalidade por motivos históricos, anteriores à Revolução Francesa.

A partir do exposto, foi permitido o desenvolvimento de considerações em relação aos modelos acima citados. Assim, o modelo jurídico, embora criticado pelo ativismo judicial, mostrou-se, sob vários argumentos, um modelo democrático e eficiente para a função que lhe é atribuída. Em tese, suas decisões são marcadas pelo objetivismo, neutralidade, imparcialidade e conhecimento técnico-jurídico, além de possuir um controle contramajoritário em proteção das minorias.

Uma das considerações relevantes ao modelo político francês é sua constante evolução para um modelo jurídico. Isso leva a concluir que a definição de que o controle de constitucionalidade francês é exclusivamente político é atualmente ultrapassada e escassa de fundamentação.

Assim, solucionar as críticas ao ativismo judicial, por meio da adoção de um controle de constitucionalidade político, seria excessivo e incabível, pois até o modelo francês, classicamente resistente ao controle de constitucionalidade, adota, de forma indireta, um controle jurídico. Em outros termos, fica evidente que o modelo jurídico está enraizado nas democracias modernas.

O que de fato se mostra viável é que se dê preferência a um modelo com características políticas, no sentido de respeitar a vontade do povo, e com características jurídicas, no sentido de decisões justas, imparciais e condizentes com os parâmetros constitucionais.

Dessa forma, o modelo de controle brasileiro, por ser realizado pelo STF, órgão cujos representantes do povo escolhem os membros, encontra legitimidade democrática e, por ser um órgão que deve estar adstrito aos limites da magistratura previstos na constituição e demais normas, tende a decidir com maior acerto.

É certo que o presente artigo não buscou encerrar a discussão sobre o assunto aqui abordado, tendo em vista que a presente pesquisa teve seu enfoque dirigido ao órgão incumbido de realizar o controle de constitucionalidade. Contudo, isso não elimina outras formas de o modelo francês contribuir para o controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente em relação à celeridade de suas decisões e a maior segurança jurídica decorrente de seu controle preventivo.

Em síntese, por meio do estudo ao modelo francês, podemos perceber que a adoção ao



controle de constitucionalidade jurídico, principalmente em relação ao ativismo judicial, muito além das críticas em relação ao princípio democrático e à separação de poderes, trata-se de um mecanismo que visa efetivar garantias e direitos previstos na Constituição, que, por diversas vezes, os Poderes Legislativo e Executivo se omitiram em regulamentar.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. **Metodologia de pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 abr. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

DUTRA, Carlos Alberto de Alckmin. A evolução histórica do Controle de Constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. *Revista Jurídica “9 de Julho”*, São Paulo, n. 2, p. 1-22, 2003.

FRANÇA. **Constituição Francesa (1958)**. Tradução oficial para o português. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, July 2013.

LIMA, Jairo Néia; BEÇA, Rubens. Emenda constitucional e constitucionalismo político: a potencial moderação das críticas ao controle judicial de constitucionalidade. *Conpedi Law Review*, n. 4 v. 2, p. 275-296. 2016.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 103, p. 285-306, jul./dez. 2011.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1908.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodium, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Decisões importantes do Supremo Tribunal Federal do Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Decisooes_importantes1.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NETO, Eugênio Facchini; SALDANHA, Leonardo Tricot. O Controle de Constitucionalidade na França: da impossibilidade ao entusiasmo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 04, p. 139-166, out./dez. 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. **Ativismo Judicial (ou Jurídico), Autocontenção e Última Palavra na Interpretação da Constituição**: o que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norteamericano e as teorias do diálogo. 2014. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. O Sistema de Jurisdição Constitucional Francês: Do Primado da Lei à Questão Prioritária de Constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 96, p. 02-06 jul./ago. 2016.

