

## Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional?\*

**Dominique Rousseau**

*Universidade de Montpellier I.*

Se o Conselho Constitucional foi criado, em 1958, com o propósito claro de pôr fim à hegemonia do Parlamento, estão criadas as condições para que aquele órgão se converta agora num verdadeiro Tribunal Constitucional. Após as decisões históricas de 1971 e 1974, existe espaço para a emergência de uma jurisdição constitucional, tornando-se agora necessário alterar o modo de designação dos juizes, os prazos e, finalmente, os actores do processo constitucional. – A.A.

SUMÁRIO: 1 A composição do conselho constitucional; 2 A lenta ascensão do conselho constitucional; a) A decisão de 16 de julho de 1971; b) A extensão do direito de acesso: a revisão de 1974; 3 Para um tribunal constitucional.

A criação, em 1958, do Conselho Constitucional possui uma intenção clara: pôr fim ao arbítrio e à hegemonia do Parlamento. Mas tem ainda outra intenção, expressa igualmente de modo claro: evitar a instauração de uma autêntica jurisdição constitucional, contrária à tradição política francesa. Dessas duas vontades contraditórias nasceu, pois, um Conselho do qual se espera que mantivesse o legislador no novo e limitado quadro das suas atribuições, mas sem que daí resultasse o expresse reconhecimento de um controlo genérico da constitucionalidade das leis. Se ao longo das diversas etapas de discussão do projecto constitucional o princípio da instituição de um Conselho Constitucional nunca foi verdadeiramente posto em causa, a partir do momento em que se trata o problema das suas atribuições manifesta-se uma hostilidade, largamente difundida, contra a ideia de lhe confiar um autêntico controlo da constitucionalidade dos actos legislativos, ou seja, de um controlo sobre o fundo da lei e não apenas sobre as regras de competência e de procedimento fixadas pela Constituição.

Assim, no início dos trabalhos, o próprio general de Gaulle respondeu, em 13 de junho de 1958, ao Presidente CASSIN, que se mostrava inquieto pelos rumores de criação de um tribunal constitucional, que essa nunca fora a ideia do Governo. Em consequência, todas as propostas destinadas a tornar

\* Tradução de António de Araújo. Publicado na Revista *Subjudice*, n. 20/2, jan./jun. 2001.

o Conselho de Estado ou da *Cour de Cassation*, ou a pedido de um grupo de parlamentares ou mesmo de cidadãos, são sistematicamente rejeitadas, tendo-se MICHEL DEBRÉ pronunciado várias vezes contra aqueles mecanismos.

Essa vontade explícita e claramente afirmada dos redactores da Constituição de não criar uma justiça constitucional segundo o modelo dos outros países europeus foi expressa e sintetizada de forma exemplar na famosa e curta resposta do comissário do Governo Raymond Janot. No decurso da sessão de trabalho do Comité Consultivo Constitucional de 7 de agosto de 1958, foi proposta uma alteração que dispunha que a lei, na sua esfera de competências, deveria ser votada “no respeito pelos princípios gerais e dos direitos e liberdades individuais definidos pelo preâmbulo”. RAYMOND JANOT consegue que aquela proposta seja retirada depois de convencer os seus numerosos proponentes que a sua adopção levaria a que o Conselho Constitucional tivesse o poder de apreciar a conformidade das leis às disposições do preâmbulo e da Declaração de 1789, assim conduzindo a França no caminho de um autêntico controlo da constitucionalidade das leis e de um governo dos juízes: “para os autores do anteprojecto [de Constituição], o preâmbulo não possui valor constitucional?”, é-lhe perguntado; “não, claramente”, responde de forma categórica RAYMOND JANOT.<sup>1</sup> Questão simples, resposta clara, ponderada e oficial, já que o seu autor a revela na qualidade de comissário do Governo representante do general de Gaulle no Comité Consultivo Constitucional e depois de haver falado com MICHEL DEBRÉ e com o general.

A hesitação dos constituintes marca até a designação do órgão constitucional: nem “comité” ou “comissão”, expressões demasiado prosaicas, nem “corte” [*cour*] ou “tribunal”, demasiado nobres, mas “conselho”... que não exprima nada de preciso quer no plano jurídico, quer no plano político! Iguamente, exigir qualificações jurídicas aos futuros membros do Conselho significaria uma escolha clara: por isso, os constituintes preferiram não se comprometer, deixando às entidades responsáveis pela designação uma total liberdade na composição do Conselho.

## 1 A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL

“Os membros do Conselho Constitucional”

O Conselho Constitucional é integrado, antes de mais, por nove *membros nomeados*: três pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléa Nacional e três pelo Presidente do Senado: uma vez que a renovação tem lugar por terços de três em três anos, cada um dos presidentes

1 “Travaux préparatoires de la Constitution, Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel”, Doc. Fr., 1960, p. 1001.

designa um membro trienalmente.<sup>2</sup> Os textos não fixam quaisquer requisitos de idade, profissão, competência, nem qualquer obrigação de consulta prévia a outras entidades, de modo que os titulares do poder de nomeação dispõem de uma total liberdade de escolha.

O Conselho compreende, depois, *membros natos*. Segundo o artigo 56º da Constituição, “são membros vitalícios do Conselho Constitucional os antigos presidentes da República”. A manutenção dessa regra, introduzida no Verão de 1958 em reconhecimento do labor de RENÉ COTY e VINCENT AURIOL para facilitar a legalidade da ascensão do general de Gaulle ao poder, não se justifica. Desde o início, mostrou a sua inoperância. Se era intenção levar os antigos presidentes da República à reforma política e ao silêncio para favorecer o exercício do poder pelos seus sucessores, tal intenção fracassou. É que, desde logo, uma personalidade que no passado foi eleita pelo povo e exerceu a mais alta responsabilidade política no Estado deve poder continuar a exprimir-se livre e publicamente sobre todas as questões nacionais.

O Presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo Presidente da República, que pode escolher seja entre os membros designados, seja entre os membros natos;<sup>3</sup> até hoje, tem sempre escolhido no seio dos membros nomeados... pelo Chefe do Estado.<sup>4</sup> Mesmo que os presidentes escolhidos hajam conseguido, graças às suas fortes personalidades, exercer as suas funções com independência, o seu modo de designação não permite garanti-lo *a priori*; desse modo, seria mais prudente regressar à fórmula inicialmente prevista, a eleição do Presidente do Conselho Constitucional pelos seus pares.

## 2 A LENTA ASCENSÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL

“O Conselho Constitucional nasceu de novo em 1971 e 1974”

Actualmente, todos estão de acordo sobre a posição cimeira ocupada pelo Conselho Constitucional no jogo das instituições, posição que pouco tem a ver com a que possui originariamente. Esta mudança foi o resultado de uma lenta mas contínua ascensão do Conselho Constitucional, processo que teve dois momentos essenciais, 1971 e 1974, duas datas que representam o segundo e autêntico nascimento do Conselho.

2 As nomeações têm lugar de três em três anos, no final do mês de fevereiro.

3 Esta especificação foi feita de modo a permitir a DE GAULLE nomear para o cargo RENÉ COTY, antigo Presidente da IV República... o que acabou por não fazer, apesar de tal cenário haver sido combinado entre ambos.

4 LEON NOEL de 1959 a 1965, GASTON PALEWSKI de 1965 a 1974, ROGER FREY de 1974 a 1983, DANIEL MAYER de 1983 a 1986, ROBERT BADINTER de 1986 a 1995, e ROLAND DUMAS, após 1995. Uma excepção: após a demissão de ROLAND DUMAS, JACQUES CHIRAC designou como Presidente YVES GUÉNA, que havia sido nomeado três anos antes pelo Presidente do Senado.

## a) A decisão de 16 de julho de 1971

“1971: o fim da soberania da lei”

A decisão de 16 de julho de 1971 é a “grande” decisão do Conselho Constitucional, aquela que operou uma verdadeira revolução política ao romper com os princípios tradicionais do direito francês e, em particular, com a soberania da lei.<sup>5</sup> Vale a pena conhecer a sua história. Em 25 de janeiro de 1971, o tribunal administrativo de Paris anulou, de acordo com a sua jurisprudência uniforme, o acto de recusa do Prefeito da Polícia de Paris de entregar ao fundador da associação. “Os amigos da Causa do Povo” o recibo da declaração dos estatutos, baseando-se na circunstância de a lei de 1º de julho de 1901, sobre associações, não atribuir à autoridade administrativa o poder de apreciar preventivamente a licitude da associação e a legalidade dos seus estatutos. Em vez de recorrer ao Conselho de Estado, o Governo fez aprovar no Parlamento, em 23 de junho de 1971, uma lei que alterava a lei de 1901 e nos termos da qual se instituía, por iniciativa do Prefeito, um controlo *a priori* das associações por parte das autoridades judiciais.<sup>6</sup> Essa lei foi aprovada apesar da oposição do Senado, liderada por PIERRE MARCILHACY, que considerava que as suas normas violavam a liberdade de constituição de partidos políticos reconhecida pelo artigo 4º da Constituição. O Presidente da Assembléia Nacional, ALAIN POHER, foi mais ou menos obrigado a apelar ao Conselho, pedindo-lhe que apreciasse a constitucionalidade daquela reforma legislativa.

Para exercer o seu controlo, o Conselho refere-se pela primeira vez<sup>7</sup> (e aqui se situa a “revolução”) ao Preâmbulo da Constituição de 1958 e, do mesmo passo, à Declaração de 1789 e ao Preâmbulo de 1946, para os quais remete: “considerando que entre os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República e solenemente reafirmados pelo Preâmbulo da Constituição se pode situar o princípio da liberdade de associação”. E, em seguida, o Conselho declara contrárias à Constituição as normas que instituía um controlo *a priori* com fundamento em que aquele princípio implica que a constituição de associações se faça livremente e não possa

- 5 C.C. 71-44 D.C. 16 juil. 1971, R. p. 29; JEAN RIVERO, Note à l'A. J. D. A. 1971, p. 537; JACQUES ROBERT, R.D.P. 1971. Ainda que esta audácia jurisprudencial haja sido provocada pela decepção do Presidente do Conselho. GASTON CALEWSKI, em não ter sido agraciado com grã-cruz da Legião Honra pelo Presidente POMPIDOU... 14 de julho de 1971 continua a impressionar o público; ainda assim, esta história não parece explicar, por si só, uma viragem já prenunciada na “pequena” decisão de 19 de julho de 1970; C.C. 70-39 D.C., 19 de junho de 1970, R.15.
- 6 O procedimento era assaz complexo: se o Prefeito tinha dúvida sobre a licitude da associação, transmitia a declaração ao Procurador da República que poderia, então recorrer ao Presidente do tribunal de grande instância: se este último não ordenasse, no prazo de oito dias, a prorrogação, o recibo deveria ser imediatamente emitido; se ordenasse a prorrogação, dispunha de um prazo de dois meses para decidir quanto ao fundo.
- 7 Nos vistos (visas) da sua decisão de 19 de junho de 1970, relativa aos tratados europeus, o Conselho havia já referido o preâmbulo da Constituição.

“ser validada através da intervenção prévia da autoridade administrativa ou mesmo da autoridade judicial”.

Esse raciocínio não é novo, mas revelou-se necessário que o Conselho o assumisse como seu, dando-lhe força constitucional. Com efeito, no articulado da Constituição de 1958 não era possível encontrar qualquer norma consagradora da liberdade de associação; o Conselho viu-se, pois, na contingência, a partir do momento em que quis exercer o seu controlo, de procurar “alhores”, no Preâmbulo, os fundamentos da sua decisão. Através desta acção voluntarista ou estratégica, o Conselho abre ao seu controlo da constitucionalidade das leis uma extensão praticamente ilimitada, o que lhe permitia impor-se progressivamente como uma instituição-chave da V República.

A consequência mais relevante dessa decisão de 16 de julho de 1971 foi a de provocar uma transferência do objecto do controlo. Até essa data, o Conselho averiguava essencialmente a *regularidade externa* da lei impugnada: respeito pelas regras do processo legislativo, a repartição de competência entre o Parlamento e o Executivo... A partir de 1971, envereda primordialmente pelo caminho do *controlo interno*, ou seja, de um controlo sobre o fundo, sobre o próprio conteúdo da lei. Na verdade, a Declaração de 1789, bem como o Preâmbulo de 1946, contém, antes de tudo, todos os princípios relativos aos direitos e liberdades do homem e do cidadão, levando assim, necessariamente, o Conselho a tornar-se seu guardião, protector e defensor, sancionando as leis que, segundo ele, atingiram aqueles princípios.

O problema que deu azo à decisão de 16 de julho é, neste particular, ilustrativo da mudança do objecto de controlo: *o que é sancionado é a opção do legislador*. Este considerava que o princípio da liberdade de associação era garantido pela circunstância de ser confiada à autoridade judiciária, guardiã da liberdade individual, segundo a tradição liberal e o artigo 66º da Constituição, o poder de apreciar a legalidade de uma associação. Nessa concepção, juridicamente defensável, o Conselho opõe e impõe uma outra opção: aquela que faz assentar a garantia da liberdade de associação não sobre a qualidade da entidade investida do controlo, mas sobre a ausência de qualquer controlo prévio. O Conselho muda assim de papel: já não é apenas o regulador da actividade dos poderes públicos, tornando-se principalmente, de acordo com uma fórmula consagrada, o guardião dos direitos e liberdades contra a vontade legislativa de uma maioria governativa.

A decisão de 16 de julho de 1971 teve, como segundo efeito, aumentar a autoridade e a legitimidade do Conselho Constitucional. “Após este golpe, que maioria, pergunta JEAN RIVERO, ousará, reclamando-se da tradição liberal, suprimir uma instituição cuja acção para a defesa dos direitos do homem acabara de se afirmar?”<sup>8</sup> Até aí, essa causa não havia sido entendida.

8 JEAN RIVERO, cit., A.J.D.A., 1971, p. 539.

## **b) A extensão do direito de acesso: a revisão de 1974**

Em 21 de outubro de 1974, o Congresso modifica, pela maioria exigida de 3/5, o artigo 61º da Constituição, alargando o direito de aceder ao Conselho a 60 deputados ou 60 senadores. Essa revisão constitucional não foi, como denunciaram na altura os parlamentares da oposição, uma “reformazinha” ou uma falsa reforma. Na verdade, existe uma ligação estreita entre o número e a qualidade das entidades habilitadas a aceder ao Conselho e o papel desta instituição. Os constituintes compreenderam-no claramente, pois rejeitaram, em 1958, diversas propostas de alargamento do direito de acesso, nomeadamente por um terço dos membros de uma ou outra assembléa, com base no argumento de que assim se transferiria o governo efectivo para mãos do Conselho, com a oposição a recorrer a ele sempre que uma lei lhe desagradasse. A limitação do direito de acesso era uma garantia da limitação do papel do Conselho Constitucional.

“1974: a abertura das vias de acesso”

Daí a verdadeira revolução constitucional provocada pelo alargamento do direito de acesso: a revisão de 1974 vai produzir, sem que os seus autores o hajam querido necessariamente, uma dinâmica em três sectores específicos e a sua convergência irá consolidar a posição do Conselho.<sup>9</sup>

Primeiro sector: classe política. O engenho de reforma de 1974 foi obrigar a oposição, na lógica do jogo político, a apelar ao Conselho Constitucional para “marcar pontos”, a utilizar o Conselho como ponto de apoio obrigatório da sua estratégia de desgaste da maioria governativa. A força desse mecanismo é tal que faz nascer uma nova forma de distorção: uma oposição que, após ter contestado uma lei no decurso do debate parlamentar, não solicita a intervenção do Conselho é logo acusada de haver feito uma crítica meramente politiqureira! Para aumentar a gravidade da sua contestação, a oposição “deve” recorrer ao Conselho e não é raro que o faça porque um Ministro a desafiou nesse sentido. Veladamente, o Conselho manifesta por vezes a sua irritação perante pedidos fundados mais em considerações políticas do que jurídicas. Mas a pressão do jogo político conduz a oposição, seja qual for, a continuar a levar ao Conselho todas as mais importantes e, por vezes, as menos importantes leis votadas pela maioria, contribuindo dessa forma para transformar a instituição numa “peça normal de engrenagem do poder legislativo”.<sup>10</sup>

Segundo sector: a doutrina. Faz-se ouvir um novo “coro a duas vozes” entre o Conselho e a doutrina, em que esta última, no seu labor de

9 DOMINIQUE ROSSEAU, “Laréforme de 1974, ou lè big-bang de la démocratie constitutionnelle”, in: *Vingt-ans de saisine parlementaire*, Econômica, 1995.

10 BERNARD CHENOT, *Lè Conseil constitutionnel*, Académie des Sciences morales et politiques, 9 déc. 1980.

racionalização, procura fundar teoricamente a legitimidade do Conselho e dá o seu auxílio, o seu apoio, o seu encorajamento a favor do desenvolvimento do papel daquele.

Terceiro e último sector: a imprensa. Esta descobre o Conselho a partir da decisão de 16 de julho de 1971, publica comentários regulares que dão dele a imagem de um órgão superior às instituições parlamentares e governamentais. “Derrota do governo”, “desrespeito pela maioria”, “a lei sujeita à censura dos novos sábios” são fórmulas jornalísticas que transmitem a idéia do Conselho como uma instituição de último recurso, que está em posição de travar o poder, uma instituição de que depende a validade do trabalho de todos os outros órgãos. Exagerada ou não, esta mediatização das decisões do Conselho e a representação do seu papel que assim é feita não deixa de produzir, numa sociedade dominada pelos “media”, um efeito de realidade que faz aumentar junto da opinião pública a autoridade e o crédito do Conselho.

Em suma, o Conselho chega a 2002 numa posição oposta àquela em que os constituintes de 1958 o haviam colocado; e a sua trajetória de poder parece não ter terminado!

### 3 PARA UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A função contenciosa do Conselho alterou-se. Em 1958, devia responder à questão “compete ao Parlamento ou ao Governo tomar esta decisão?”; actualmente, a questão que se lhe colocada é mais: “esta lei, votada pelo Parlamento, é conforme ao princípio da igualdade, aos direitos de defesa ou à dignidade da pessoa humana?”. Como é evidente, a tarefa que uma e outra dessas questões exigem não é a mesma; mas se a sua função se alterou, o Conselho em si mesmo, na sua organização, não se alterou. É necessário, pois, transformar rapidamente o Conselho em Tribunal Constitucional.

“Pra um novo modo de designação dos juízes”

*A – É necessário, antes de mais, alterar o modo de designação dos juízes constitucionais. Mas que método adoptar? Muitos Estados europeus adoptaram um sistema misto, fazendo coexistir, em proporções variáveis, nomeação e eleição. Em Itália, o Tribunal Constitucional é composto por 15 membros, cinco nomeados pelo Presidente da República, cinco eleitos pelas duas câmaras do Parlamento reunidas em sessão conjunta, por maioria de dois terços, e cinco designados pelas jurisdições superiores, sendo dois pelo Conselho de Estado, dois pelo Tribunal de Cassação e um pelo Tribunal de Contas. Em Espanha, os doze membros do Tribunal Constitucional são nomeados pelo Rei, mas este poder é puramente formal na medida que só pode designar personalidades indicadas por outras entidades que, essas sim, dispõem do poder efectivo. Essas autoridades são o Conselho Geral do Poder Judicial, que designa dois, o Governo, que designa igualmente dois*

juízes, o Congresso dos Deputados e o Senado que elegem cada um quatro juízes, por maioria de três quintos. Na Áustria, oito membros do Tribunal Constitucional são nomeados pelo Governo, três são eleitos pelo Governo Nacional e três pelo Conselho Federal.

Outros Estados acolheram o sistema de eleição pelo Parlamento. Na Alemanha, oito juízes são eleitos pelo Bundestag e oito pelo Bundesrat e, nas duas assembléias, devem ser eleitos por uma maioria de dois terços. Em Portugal, dez juízes são eleitos pela Assembléia da República, por maioria de dois terços, e três são cooptados por aqueles. Na Hungria, os quinze juízes constitucionais são eleitos por maioria de dois terços pela Assembléia Nacional.<sup>11</sup> Esse sistema era o produto por KELSEN, que considerava que a participação dos eleitos pelo povo na designação das personalidades que iriam julgar o seu trabalho era, por natureza, o modo que melhor conseguia fundar a legitimidade democrática da justiça constitucional. Contrariamente a uma idéia comum, o interesse da eleição parlamentar não está na despolitização do processo de designação dos juízes constitucionais. Bem ao invés. Uma vez que nenhuma formação política representa uma maioria de dois terços, o partido maioritário vê-se obrigado a negociar com a oposição a escolha dos futuros juízes; a eleição converte-se, assim, no resultado de negociações e de acordos políticos entre os partidos com representação parlamentar da maioria e da oposição. O interesse deste sistema reside mais precisamente na circunstância de o acordo político exigido pela regra dos dois terços impedir a monopolização dos tribunais por uma família ideológica, garantindo a representação das principais correntes de opinião jurídicas e políticas.

A França pode querer inventar uma outra fórmula, mas a eleição pelos deputados e senadores por maioria qualificada tem o mérito de ser simples e facilmente compreensível pela opinião pública. Conviria de igual modo alterar os textos para especificar que, sendo o Conselho o tribunal, só poderiam ser eleitos juízes pessoas que possuam uma formação jurídica comprovada por um diploma e uma experiência de pelo menos dez anos no exercício de uma profissão jurídica.

“Novos prazos”

B – *É necessário, depois, alterar os prazos do processo constitucional. Se o tempo da jurisdição ordinária é longo, o da justiça constitucional francesa é curto ou mesmo sumário: um mês! Um mês para julgar uma lei, por vezes anos para julgar um problema de delimitação de terrenos confinantes! Isto parece-se demasiado com aquele procedimento de justiça sumária a que um juiz da Virgínia deixou o seu nome e nos termos do qual uma lei é executada sem grandes formalidades na seqüência imediata da sua aprovação. Dilatar*

11 Ver, por exemplo, DOMINIQUE ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle em Europe*, Clefs Montchrestien, 3. ed, 1999.

e, logo, distanciar esse momento e do início do processo corresponde, de forma muito simples, a introduzir a idéia de justiça do controlo de constitucionalidade; em suma, colocar o processo longe do momento de adopção da lei, passar de um controlo a *priori* para um controlo a *posteriori*. Na verdade, o momento em que uma lei se pode mostrar em concreto como atentatória de um direito fundamental é menos o da sua concepção do que o da sua aplicação a um caso particular; nesse sentido, é aí que se torna necessário impugnar a lei e que o controlo da sua constitucionalidade deve ser exercido. Em contrapartida, o legislador desaparece da cena constitucional; não é mais ele que é acusado, não é mais ele que é controlado, mas sim a entidade responsável pela aplicação da lei. Afasta-se, assim, o contacto directo Parlamento/Conselho Constitucional, que é sempre perigoso para as duas instituições.

#### “Novos Actores”

*C – É necessário alterar também os actores do processo constitucional.* Esse processo encontra-se, hoje em dia, totalmente nas mãos de homens políticos: são deputados e/ou senadores que impugnaram uma lei votada por outros deputados e senadores. Ou que decidem não requerer o seu controlo. Por muitos esforços que se façam, o conjunto do processo, incluindo a decisão e os respectivos comentários, leva sempre esta marca política. Para abandonar essa lógica, não há outro meio senão fazer das partes o actor principal do processo constitucional, atribuindo-lhes o poder de contestarem a constitucionalidade das leis. A idéia não é nova: está presente, ainda que sob diferentes modalidades, em todos os Estados europeus; foi proposta por ROBERT BADINTER em 1989 e encontra-se em estado embrionário na Declaração dos direitos do homem e do cidadão, que foi escrita, diziam os revolucionários, “de modo a que as *reclamações dos cidadãos*, fundadas em princípios simples e incontestáveis, levem sempre à preservação da Constituição e à felicidade de todos”. Dito de outra forma, a defesa dos princípios constitucionais, a defesa dos direitos e das liberdades não é susceptível de ser delegada; não é uma competência dos representantes, mas dos próprios cidadãos.

No plano “técnico” a reforma está pronta. Trata-se, segundo o mecanismo concebido pelo presidente BADINTER em 1989 e retomado pela comissão Vedel, em 1993, de permitir a uma parte do processo requerer ao tribunal, comum ou administrativo, de sobrestar na decisão com fundamento no facto de a lei em causa violar um dos seus direitos fundamentais; se o tribunal considerar que a questão tem fundamento e que uma decisão sobre ela irá condicionar o desenvolvimento do processo, deverá remeter a lei, sob o controlo de um tribunal supremo, ao Conselho; este, ou julga a lei conforme à Constituição e o processo baixa ao tribunal a *quo*, ou julga-a contrária e todos os processos em curso que apliquem a lei sancionada suspendem-se de imediato. Falta apenas vontade política para atribuir aos cidadãos a maioria constitucional.

### “Novo processo”

*D - É necessário, obviamente, alterar o processo contencioso.* Nesse contexto, deve atentar-se no que KELSEN escreveu em 1928: “No processo perante o tribunal constitucional, é aconselhável adoptar, de um modo geral, os princípios da publicidade e da oralidade, ainda que se trate principalmente de questões puramente jurídicas e que se deva colocar a tónica nas alegações de direito por escrito, que as partes poderão apresentar ao tribunal ou mesmo ser obrigadas a fazê-lo; as questões que ocupam o tribunal constitucional possuem um interesse geral de tal forma evidente que não deverá ser excluído o princípio da publicidade do processo que só é assegurado através de uma audiência pública”.<sup>12</sup> Organizar o contraditório, instituir um defensor da Constituição [*avocat de la Constitution*], publicitar o nome do relator e o conteúdo da decisão, introduzir a oralidade e a publicidade das audiências...; em síntese, nada mais do que dar ao Conselho os meios necessários para se tornar naquilo que deseja ser: um tribunal.

### “A instituição dos votos de vencido”

Será desejável completar a reforma do processo com a introdução de votos de vencido, ou seja, a atribuição aos juizes que estejam em desacordo com o sentido e/ou os fundamentos da decisão de publicarem, no final do acórdão, a sua posição sobre o caso. Uma decisão judicial não cai do céu: a sua racionalidade não está situada em qualquer referente transcendental, mas no confronto de argumentos de onde emerge. O que funda o carácter racional da decisão não é o voto da maioria dos juizes, mas os meios através dos quais essa maioria se tornou maioritária, ou seja, a discussão que a antecedeu e o debate dos argumentos de cada um dos juizes. Ora, os votos de vencido “funcionam” justamente como um constrangimento processual que obriga os juizes a irem o mais longe possível na demonstração da bondade da sua interpretação de um enunciado constitucional. A sua publicação integra, desde logo, o processo de legitimação da decisão maioritária na medida em que revela o confronto das interpretações e preserva a existência e o futuro das concepções minoritárias.<sup>13</sup>

\*\*\*

Na sua forma actual, o Conselho Constitucional está ultrapassado. Permitiu, sem dúvida, a integração do controlo da constitucionalidade em França; mas actualmente, cumprida aquela missão, o Conselho perdeu o fôlego. Chegávamos ao momento de o reformar radicalmente, de modo a que não perca o trabalho realizado.

12 H. KELSEN, “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution”, R.D.P., 1928, p. 248 (publicado neste número de Sub Judice).

13 Ver o estudo consagrado aos votos de vencido nos *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n. 8, p. 80.