

A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL: UM EXOTISMO BEM FRANCÊS

(tradução Fernanda Dias Menezes de Almeida)

Fabrice Hourquebie¹

Fernanda Dias Menezes de Almeida²

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O processo sobre a ilegitimidade feita na composição do Conselho. 2.1 Pela nomeação. 2.2 Contra os membros natos. 3. A legitimidade do processo feito para a composição do Conselho. 3.1 Mais jurisdicionalização. 3.2 Menos politização. 3.2.1 Suprimir os membros natos. 3.2.2 Substituir os membros natos. 3.2.3 Tornar mais rigoroso o controle sobre a nomeação

1. INTRODUÇÃO

Os trópicos ainda não atravessam Paris; entretanto alguns frutos institucionais tropicais se espalham de maneira enfraquecida e à sombra de qualquer tempestade constitucional, este é o caso da composição do Conselho Constitucional francês.

A doutrina duvida regularmente da legitimidade da composição do Conselho. Mas talvez não seja bom jogar tudo na maneira de compor esta instituição, a legitimidade não sendo apenas uma questão sobre o modo de designação, mas também uma questão de qualidade do conjunto da instituição, de eficácia e, em consequência, de aceitação das decisões dessa jurisdição.³

O Conselho Constitucional é composto de nove membros nomeados para nove anos, não renováveis, pelas três mais altas autoridades políticas do Estado, o Presidente da República, o Presidente do Senado e o Presidente da Assembleia Nacional (art. 56 da Constituição de 3 de outubro de 1958). Os membros do Conselho são renovados por terços a cada três anos (cf. infra). Mas têm assento igualmente no Conselho Constitucional como membros natos, e portanto vitalícios, os antigos Presidentes da República. Parece-nos que não é tanto o procedimento de nomeação dos membros pelas autoridades políticas que torna questionável a legitimidade do Conselho, mas sim a presença dos antigos chefes de estado, membros natos. Com

¹ Professor de Direito Público. Universidade Montesquieu – Bordeaux IV. Diretor do Instituto para o Desenvolvimento do Ensino Superior Francófono (IDESUF). Diretor adjunto do Centro de Estudos e de Pesquisas sobre as Constituições, as Liberdades e o Estado (CERCLE). Diretor do Mestrado 2 “Con-tenciosos Públicos”. Expert Justice junto à Organização Internacional da Francofonia.

² Mestre e Doutora em Direito. Professora Doutora da Universidade de São Paulo.

³ 1Sobre esta questão v. F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, 2004.

efeito, a via procedimental da nomeação pelas autoridades políticas é até admissível se aceitarmos a ideia de que o Conselho Constitucional, como toda jurisdição constitucional, resolve de direito, um conflito entre normas por natureza políticas (a lei e a Constituição). Ao contrário, a presença dos membros natos parece-nos infinitamente mais condenável, não tendo os antigos chefes de estado nada a fazer em uma instituição que quer apresentar o rosto de uma autêntica jurisdição.

Uma reforma da composição do Conselho Constitucional é de se considerar? Ela nos parece vivamente desejável. Trata-se da legitimidade da instituição e, portanto, de sua credibilidade, tanto aos olhos dos atores institucionais do contencioso constitucional, quanto do povo francês.

2. O PROCESSO SOBRE A ILEGITIMIDADE FEITA NA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO

Segundo Jacques Krynen, *“a fraqueza do dispositivo francês não residiria tanto na seleção política dos membros do Conselho, e sim nas garantias de competências desses membros”*⁴. De maneira esquemática, e como foi indicado na introdução, parece que a ilegitimidade seja menos um assunto de procedimento de nomeação (A) do que da presença de membros natos (B).

2.1 Pela nomeação

Temos sempre apoiado nos artigos ou obras, o procedimento de nomeação à francesa; não que a consideremos a melhor de todas; ela é, em todo caso, menos pior que outras! Entretanto, o procedimento de nomeação do art. 56 incorre em três críticas principais facilmente discutíveis.

Primeiramente, ela veicula a politização da instituição. Nomeados discricionariamente, em teoria, até recentemente (a revisão constitucional de 23 de julho de 2008 insere no procedimento de nomeação uma inquirição em audiência de cada um dos candidatos propostos pelas altas autoridades, feita pelas Comissões de Justiça do Senado e da Assembleia Nacional), pelas altas autoridades políticas, as personalidades escolhidas dependeriam, mais ou menos abertamente, da sensibilidade política da autoridade que as nomeou (mesmo se as duas últimas renovações trienais de fevereiro de 2007 e fevereiro de 2010 devam conduzir a matizar esta observação). A escolha de amigos políticos seria então uma constante nas nomeações depois da criação da instituição. *“O espírito de favor, de amizade e de complacência, mais difícil de matar que as malformações constitucionais a consertar, poderia regularmente guiar a escolha pelas*

⁴ J. Krynen, *L'État de justice, France, XIII-XXème siècles. L'empire des juges*, Tomo 2, NRF Gallimard, 2012, p. 329.

autoridades de nomeação”, escrevia Charles Eisenmann⁵. E é verdade que o compadecimento político pôde se manifestar à direita com autoridades de nomeação como o General De Gaulle, Philippe Seguin ou Jacques Chirac; no centro com Valéry Giscard d’Estaing, René Monory ou Christian Poncelet; ou à esquerda com François Mitterrand, Laurent Fabius ou Raymond Forni. Essas escolhas políticas acompanham-se bem frequentemente de segundas intenções estratégicas: assim Jacques Chirac nomeando em 2007, no fim de seu mandato, Jean Louis Debré, certo de ter um aliado objetivo para se opor a Nicolas Sarkozy, futuro Presidente da República⁶.

Tome-se ciência. Mas um outro procedimento de designação seria mesmo capaz de minimizar o risco de politização? Não pensamos assim. 1) Fazer nomear os membros pelo Parlamento? É em parte o caso da Áustria onde o Conselho Nacional e o Conselho Federal designam três juízes (art. 147). Uma das piores soluções: ela impede a diversidade nas autoridades de nomeação e abre o caminho para negociações políticas e pactos tácitos. 2) A eleição? Em geral pela iniciativa das assembleias (na Alemanha – art.94 – oito membros são eleitos pelo Bundestag e oito pelo Bundesrat; na Espanha oito juízes entre doze são eleitos pelas câmaras – art.159), ela é a quintessência da politização (existe ato mais político que uma eleição?) que obriga a alianças objetivas e táticas partidárias para alcançar os sufrágios requeridos pelas condições de maioria qualificada⁷.

Em segundo lugar, a Constituição francesa não prevendo nenhuma cláusula de competência, as personalidades nomeadas são taxadas de incompetência jurídica. Se é verdade que o Conselho Constitucional é uma das raríssimas cortes que não impõem nenhuma qualificação jurídica, não se extrai disso que as personalidades nomeadas não sejam, na grande maioria dos casos, todas experientes. Competência consagrada por um diploma e experiência adquirida pela prática são bem diferentes. E o que se pode observar é que a maior parte das personalidades designadas depois de 1959 são juristas de formação ou são titulares de diplomas que abrem caminho de carreiras jurídicas⁸. Cerca de 80% dos sessenta e nove membros nomeados até hoje apresentam um diploma permitindo o acesso às magistraturas, onze professores de Direito tiveram assento⁹ – mesmo se isto fique bem aquém do número das outras

⁵ Ch. Eisenmann, *Le Monde*, 5 de março 1959.

⁶ V. F. Hourquebie, Les nominations au Conseil constitutionnel, *L.P.A.*, n° 108, 2001, PP. 9-16.

⁷ V. principalmente L. Favoreu e W. Mastor, *Les Cours constitutionnelles, Connaissance du droit*, Dalloz, PP.34 e segs.

⁸ Ibid., p.47-48; v. também a análise estatística de Dominique Rousseau in *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 9ème Ed., 2010.

⁹ É em nosso sentir uma fraqueza crucial: a sabedoria das autoridades de nomeação conduz raramente a escolher professores de Direito. Onze professores de Direito nomeados até hoje. Com um “pico” entre 17 de setembro de 1964 e 3 de março de 1971, pois três entre eles tiveram assento juntos no Conselho (Marcel Waline, René Cassin e François Luchaire) e inequivocamente pesaram sobre os debates (sobre a natureza jurisdicional do Conselho, por exemplo) e sobre o sentido das deliberações (sobre o controle de constitucionalidade das leis referendárias notadamente). V. F.Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel en France*, LGDJ, 2010; e também nosso comentário em B.Mathieu, J.P. Machelon, EMélin-Soucramanien, D.Rousseau e X. Philippe (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Dalloz, 2009, PP.133 e segs.

Cortes europeias –, três Vice-Presidentes do Conselho de Estado, um antigo Presidente da Corte de Justiça da União Europeia, um antigo Primeiro Presidente da Corte de Cassação, etc... É preciso então fixar uma exigência da capacidade jurídica em uma cláusula constitucional de competência? Não pensamos assim. Porque 1) como indicamos, a quase totalidade dos membros já detém um diploma de Direito ou de uma grande escola não totalmente estranha à formação jurídica; não é, aliás, certeza que gravar esta exigência no mármore mude qualquer coisa; 2) como determinar “a dignidade jurídica suficiente”, para tomar a expressão de D. de Béchillon¹⁰? Exigir um doutorado excluiria muito frequentemente os magistrados de diferentes Tribunais; e exigir um mestrado de Direito excluiria frequentemente os alunos de grandes escolas; e 3) a ausência de cláusula de competência com nível jurídico requisitado permite jogar a carta da Diversificação dos percursos e das experiências, tão necessária em um contexto de constitucionalização tentacular dos diversos ramos do Direito.

Disto decorre muito logicamente a terceira crítica: aquela do caráter discricionário da nomeação. O enquadramento substancial (por uma cláusula de competência) não tendo sido mantido, o constituinte de 2008 preferiu um enquadramento formal, de tipo procedimental, pois desde então (art. 56) as nomeações são submetidas ao parecer das Comissões de Justiça das duas assembleias quando a escolha é do Presidente da República e de uma ou de outra das comissões conforme a escolha seja aquela do Presidente do Senado ou da Assembleia Nacional. Elas emitem um parecer público e dispõem de um direito de veto teórico, já que não se pode proceder à nomeação se a candidatura recolher três quintos de sufrágios negativos ou mais. Em realidade, este dispositivo não é muito embaraçoso, na medida em que reunir três quintos de votos negativos (conforme as prescrições constitucionais) obrigaria a alianças entre a maioria e a oposição, alianças que o fato majoritário torna altamente improváveis. Daí essas inquições sem surpresa em 2010 – na ausência de lei orgânica fixando as condições procedimentais – mas um pouco picantes às vezes. Assim foi na vez de Michel Charasse (à indagação de Manuel Valls: “*A título pessoal o senhor ousaria censurar um projeto de lei sustentado pela autoridade que o nomeou?*”; ou de René Dosière “*O que o senhor pensa do fato de os antigos Presidentes da República terem assento nato no seio do Conselho Constitucional*”) e de respostas um pouco inesperadas do interessado (“*A dignidade humana tem forçosamente valor constitucional pois todo o nosso Direito é protetor da pessoa humana*”)...

François Luchaire lembrava que a alquimia perfeita para a composição de uma jurisdição constitucional devia se estabelecer ao redor de três critérios: uma maioria de juristas, de personalidades incontestáveis e uma certa mistura de gerações. Resta saber a qual dessas categorias pertencem os membros do Direito ...

¹⁰ D. de Béchillon, art. cit., p.116: “A atitude para conduzir uma discussão jurídica de alto nível não se resumiria à detenção de um título acadêmico”.

2.2 Contra os membros natos

O que fazer dos antigos presidentes da República?

Sejamos claros: a varinha mágica do constituinte deveria, de uma vez por todas, fazer desaparecer os antigos presidentes da República do Conselho Constitucional. Eles não têm nada a fazer nessa instituição. Que nos entendamos bem: membros natos significa membros vitalícios!

As propostas feitas nesse sentido diante do Comitê Balladur, encarregado de fazer propostas de revisões da Constituição, não foram seguidas quando da revisão constitucional de 23 de julho de 2008 (os senadores eram favoráveis; a Assembleia Nacional rejeitou a proposta em segunda votação); e a indigência do argumento avançado pelo Presidente da República no discurso proferido em 1º de março de 2010 no Conselho Constitucional não pode evidentemente bastar para convencer qualquer jurista esclarecido, um pouco que seja, sobre esta questão: “[...] O Conselho Constitucional não deveria ser uma jurisdição como outra. É a razão pela qual eu desejei que ele não seja composto apenas por técnicos do Direito e que os antigos Presidentes da República ali conservem sua qualidade de membros natos, porque a experiência de um antigo Chefe de Estado que fez funcionar as instituições, pode acrescentar muito à qualidade das decisões do Conselho, a seu equilíbrio, a seu realismo”¹¹.

Sabe-se a razão, eminentemente conjuntural, que presidiu esta anomalia constitucional, qual seja, sua adoção em penhor de reconhecimento da ação conduzida por René Coty e Vincent Auriol no momento da ascensão do General De Gaulle ao poder. Para ser bastante honesto, poder-se-ia talvez encontrar no art. 5º da Constituição uma justificação para esta disposição. A concepção gaulista da arbitragem devia fazer do presidente o guardião do respeito à Constituição¹². A saída natural pode então ser um assento no seio da instituição que é a guardiã jurisdicional do texto fundamental, a saber o Conselho Constitucional. Além disso, mesmo que os membros nomeados não sejam submetidos a uma obrigação constitucional de competência jurídica, poderia parecer paradoxal querer se privar da eminente experiência da mais alta autoridade política do Estado. Mas aí ainda esta explicação é muito insuficiente à vista das consequências que decorrem da presença dos membros natos. Porque com o encurtamento da duração do mandato presidencial para cinco anos, a limitação a dois mandatos consecutivos, a eleição de presidentes cada vez mais jovens e o alongamento da esperança de vida, a médio prazo, os antigos presidentes da República poderiam logo constituir a maioria dos membros do Conselho.

¹¹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/chier-n-29/discours-prononce-le-1er-mars-2010-par-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique.52885.html>

¹² Artigo 5º: “O Presidente da República zela pelo respeito à Constituição. Ele assegura, por sua arbitragem, o funcionamento regular dos poderes públicos bem como a continuidade do Estado. Ele é o fiador da independência nacional, da integridade do território e do respeito aos tratados”.

Este processo de ilegitimidade da composição do Conselho Constitucional aparece assim, sob algumas óticas, inteiramente legítimo.

3. A LEGITIMIDADE DO PROCESSO FEITO PARA A COMPOSIÇÃO DO CONSELHO

*“O CC pode permanecer por muito tempo um ator médio do jogo político se a composição e os modos de recrutamento não mudarem?”*¹³ O processo de ilegitimidade, se ele se confina um pouco à “prática da conversação jurídica”¹⁴, não parece menos pertinente à medida que coloca em questão a jurisdicionalização da instituição (A); jurisdicionalização que obriga a algumas reformas da composição para limitar ainda mais a politização (B).

3.1 Mais jurisdicionalização

Michel Fromont dizia do Conselho Constitucional que ele era um “modelo atípico”, o que quer dizer tudo sobre sua natureza jurisdicional que, se apreciada, bem entendido, pela medida do procedimento aplicável, se avalia também, além disso, à luz do recrutamento e da competência dos juízes que formam a Corte.

Assim, da particularidade da composição resulta *“uma questão recorrente sobre a natureza ambivalente deste órgão que participa elevadamente do poder jurisdicional, mas pelo fato da designação discricionária de seus membros por três autoridades políticas, vê constantemente pesar sobre ele a suspeita de politização”*¹⁵. É, no pano de fundo, a lancinante questão da jurisdicionalização que está em debate. Como admitir que o Conselho Constitucional se torne um membro por inteiro do clube das Cortes Constitucionais europeias se sua composição não permite refletir as garantias que a parte tem direito de esperar de um processo, seja ele constitucional. Hesitação que Maurice Duverger assim traduzia: *“O termo jurisdição política exprime o caráter ambíguo da instituição. (...) Ela intervém em matérias políticas e mais ainda nos fins políticos; seus membros devem ter a independência dos magistrados, mas seu recrutamento é político”*.

Ainda uma vez, não são, segundo pensamos, os membros nomeados que fazem plainar uma dúvida sobre a jurisdicionalização, pois as garantias de independência, consubstanciais à atividade jurisdicional, estão lá. A duração das funções (nove anos), sua não renovação e a inamovibilidade que disso decorre, é que são os marcos objetivos desta independência do juiz constitucional¹⁶. A isto se acrescenta, em um plano mais

¹³ J. Krynen, *op.cit.*, p.332.

¹⁴ D. de Béchillon, *art.cit.*, p.115.

¹⁵ J. Krynen, *op. cit.*, p.328.

¹⁶ A que se acrescenta um regime de inelegibilidades, de incompatibilidades, de interdições e uma obrigação de reserva.

subjetivo, o famoso dever de ingratidão a ser exercido a contar do momento em que a personalidade nomeada não tem mais nada a esperar da autoridade de nomeação. “A função se apodera do homem quando o homem é honesto”, escrevia Georges Vedel¹⁷. É assim, e graças à renovação por terços a cada três anos que evita as rupturas de jurisprudência em consequência das trocas de maiorias políticas, que o Conselho Constitucional é mais percebido como uma jurisdição reguladora das alternâncias políticas, do que como uma instituição partidária. As censuras recentes ainda são disso testemunhas¹⁸.

É, bem entendido, sobre os membros natos que recai todo o peso da politização e, portanto, do defeito de jurisdicionalização. Se a jurisdição constitucional é necessariamente política, tendo em vista a especificidade do contencioso que ela deve conhecer, não é entretanto aceitável que uma causa seja submetida a uma instituição que ao mesmo tempo se quer uma jurisdição e que compreende em seu seio as personalidades mais políticas que sejam, os presidentes da República. Esta composição não é aceitável no quadro do controle abstrato de constitucionalidade; ela é menos aceitável ainda, *a fortiori*, no quadro do controle exercido conforme o novo procedimento de questão prioritária de constitucionalidade (art. 61-1). E o argumento segundo o qual os presidentes da República não tomam parte nas audiências de questão prioritária de constitucionalidade, em razão da sua enorme tecnicidade, não basta para criar a suspeita do defeito de jurisdicionalização, mesmo que este argumento deponha, *a contrario*, pela ausência de competência suficiente dos antigos presidentes nos contenciosos jurídicos técnicos e, portanto, por sua exclusão do Conselho Constitucional. O Conselho não é um clube prestigioso para os aposentados da política! Além disso, e qualquer que seja o contencioso, uma presença aleatória, deixada à apreciação do membro nato, pode ser interpretada de um lado, como uma estratégia política visando a sustentar ou a se opor ao poder instalado; e, de outro lado, pode ter como efeito mudar os equilíbrios em termo de repartição de vozes no momento de um voto, o que é eminentemente contestável, tanto pela autoridade das decisões, quanto pela legitimidade da instituição como jurisdição.

Reformas na composição se impõem seguramente para afastar ainda mais o espectro da politização.

3.2 Menos politização

Bernard Chenot, antigo Vice-Presidente do Conselho de Estado afirmava: “Eu jamais pensei por um segundo que o Conselho fosse um órgão jurisdicional; é um corpo político por seu recrutamento e pelas funções que preenche”.

¹⁷ *Le Conseil constitutionnel a quarante ans, Conseil constitutionnel et LGDJ, 1999, p.66.*

¹⁸ F. Hourquebie, *Le pouvoir juridictionnel em France, préc.*

O que seria preciso então para contradizer esta opinião? Três pistas, em resumo simples e muito evidentes podem ser exploradas.

3.2.1 Suprimir os membros natos

Para tanto devemos abdicar da experiência dos antigos presidentes? Não, bem entendido; sua palavra e sua experiência são necessárias em um contexto liberal atormentado. Ora, fazê-los sentar-se no Conselho implica submetê-los à obrigação de reserva dos membros¹⁹, o que é afinal prejudicial. Por que não considerar então a hipótese de nomeá-los senadores vitalícios (se for preciso, sem voz deliberativa)? O que estaria ao mesmo tempo de acordo com noção de arbitragem constitucional consagrada no art. 5º da Constituição, com a exigência de jurisdicionalização do Conselho, e com a reverência que se deve a um antigo chefe de Estado. O exemplo italiano poderia inspirar o constituinte francês²⁰.

3.2.2 Substituir os membros natos

Isto permitiria um alinhamento com os membros efetivos que compõem as Cortes Constitucionais na Europa e que são mais próximos de doze ou quinze do que de nove. Assim, três membros suplementares poderiam ser nomeados no lugar dos membros natos que, hoje, numa hipótese teórica elevada poderiam precisamente ser três (J. Chirac, V. Giscard d'Estaing e N. Sarkozy). Duas possibilidades para a designação desses membros: **1)** Manter uma nomeação pelas três altas autoridades políticas, de modo que elas deveriam doravante nomear quatro membros a cada três anos, o que implicaria uma renovação por quartos a cada três anos, mas levantaria o problema de saber que autoridade teria competência para nomear dois membros. Seja essa competência atribuída ao presidente da República em nome da lógica da Quinta República, e então a crítica da politização excessiva corre o risco de voltar. Seja uma quarta autoridade de nomeação a intervir (e não pode ser o primeiro ministro em razão da instabilidade constitucional que o caracteriza). Esta solução coloca talvez mais problemas do que os resolve. É por isso que se pode encarar **2)** que os três membros suplementares sejam nomeados pelas altas jurisdições (Corte de Cassação, Conselho de Estado e Corte de Contas) com duas vantagens de peso: dar ao Conselho Constitucional sempre a segurança de dispor em suas fileiras de juízes experientes, o que inegavelmente é um

¹⁹ Em uma decisão eleitoral de 7 de novembro de 1984, o Conselho foi levado a se pronunciar sobre a condição deles e estimou que “*sob a única reserva de dispensa de juramento, eles são submetidos às mesmas obrigações dos outros membros*”, *Decisão nº 84-983, NA, 7 de novembro de 1984, Puy-de-Dôme, 2ème circ, Rec., p. 117.*

²⁰ Sobre esta questão v. também D. de Béchillon, *art. cit., p. 116.*

ganho depois da entrada em vigor da questão prioritária de constitucionalidade; dar ao Conselho Constitucional juízes desconectados de nomeações ditas “políticas”²¹.

3.2.3 Tornar mais rigoroso o controle sobre a nomeação

É preciso esforçar-se para que as audiências agora previstas no art.56 da Constituição possam verdadeiramente esclarecer os membros das Comissões de Justiça sobre as motivações e as convicções das personalidades indicadas. Já dissemos, o novo sistema quase não constrange verdadeiramente a autoridade de nomeação.

Sem chegar até a transposição dos temíveis procedimentos de audiências de confirmação do Senado americano (as *hearings*), no curso das quais a carreira (o que é necessário) e a vida privada (o que é discutível) dos juízes indicados para a Corte Suprema passam pelo crivo, conviria talvez diminuir a condição de maioria qualificada de votos negativos além da qual a nomeação é impossível; ou renovar radicalmente o sistema prevendo que uma nomeação não pode ocorrer senão com a concordância de três quintos dos sufrágios manifestados. Obter a confiança reunindo tal condição de maioria é incontestavelmente mais temível do que chegar a ser objeto de um voto de desconfiança nas mesmas condições de maioria. Na primeira hipótese, se a nomeação não acontece, o fracasso é imputável à falta de convicção da personalidade apresentada; na segunda hipótese o fracasso da nomeação é mais imputável à falta de senso político da autoridade de nomeação. Resta saber o que é mais grave...

Em qualquer dos casos o exotismo francês tem ainda belos dias diante de si, salvo se a atual comissão de renovação e de modernização da vida política desejada pelo Presidente Hollande e presidida pelo antigo Primeiro Ministro Lionel Jospin, levasse em conta a questão e formulasse a proposta que todos os professores de Direito Constitucional esperam...

²¹ Proposição de D. de Béchillon, *art. cit.*, p.116.

