



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

## TRADUÇÃO

# Deferência jurisdicional, um comportamento contrário à qualidade democrática de uma sociedade<sup>1</sup>

*La déférence juridictionnelle, un comportement contraire à la qualité démocratique d'une société*

*Jurisdictional deference, a behavior contrary to the democratic quality of a society*

*Deferencia jurisdiccional, un comportamiento contrario a la calidad democrática de una sociedad*

**Dominique Rousseau<sup>2</sup>**

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, França)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5743-9397>

E-mail: [dominique.rousseau@univparis1.fr](mailto:dominique.rousseau@univparis1.fr)

Tradução do texto:

**Isabelle Oglouyan de Campos<sup>i</sup>**

**Livia Gil Guimarães<sup>ii</sup>**

Revisão da tradução:

**Renata Rodrigues Praxedes<sup>iii-iv-v</sup>**

<sup>1</sup> ROUSSEAU, Dominique. Deferência jurisdicional, um comportamento contrário à qualidade democrática de uma sociedade. Tradução de Isabelle Oglouyan de Campos e Livia Gil Guimarães. Revisão da tradução: Renata Rodrigues Praxedes. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 67-89, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a429>.

<sup>2</sup> Professor de direito constitucional na Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Antigo membro do Conselho Superior da Magistratura da França (2002-2006). Membro do Tribunal Constitucional de Andorra.

<sup>i</sup> Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP), com intercâmbio acadêmico no Institut d'Études Politiques de Paris – Sciences Po (2021). Bacharela em Direito pela USP, com intercâmbio acadêmico na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Estudos de Inclusão na Academia da Universidade de São Paulo (GPEIA – USP). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8177035147211030>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1221-7587>. E-mail: [isabelle.ocampos@gmail.com](mailto:isabelle.ocampos@gmail.com).

## Resumo

A deferência judicial é um comportamento que compromete o princípio da separação de poderes, pois significa a submissão do judiciário aos Poderes Legislativo e Executivo; também compromete a garantia dos direitos e liberdades dos cidadãos, pois significa a submissão à ordem de segurança. Nesse aspecto, a deferência judicial é contrária aos princípios do Estado de Direito e, por extensão, à qualidade democrática do sistema político. Se a lei é a linguagem do Estado, os direitos e as liberdades são a linguagem da sociedade, e o Poder Judiciário é a instituição que não impede os Poderes Executivo e Legislativo de promulgarem as leis, mas impede esses poderes do Estado de abusarem de sua posição para restringir, limitar ou até mesmo suprimir as liberdades dos cidadãos. Essa função protetora dos direitos que constituem o cidadão fundamenta a legitimidade democrática da justiça constitucional como um anteparo contra o populismo.

## Palavras-chave

Separação de poderes; garantia de direitos; leis do Estado e direitos da sociedade; legitimidade democrática da justiça constitucional.

## Sumário

1. Introdução. 2. A deferência judiciária, um comportamento contrário aos princípios do Estado de Direito. 2.1 Um comportamento contrário ao princípio da separação dos poderes. 2.2 Um comportamento contrário à garantia dos direitos e liberdades. 3. A deferência judiciária, um comportamento contrário à qualidade democrática de um regime. 3.1 Um comportamento contrário à vida do Direito. 3.2 Um comportamento contrário à ética do agir jurisdicional. 4. Conclusão.

---

<sup>ii</sup> Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP. Intercâmbio acadêmico no Institut d'Études Politiques de Paris – Sciences Po (2010-2011). Coordenadora de Pesquisas Judiciárias do STF (COPJ/SAE – STF). Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Estudos de Inclusão na Academia (GPEIA – USP). Pesquisadora associada do Grupo Constituição, Política e Instituições (Copi – USP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3072761339331439>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7764-3301>. E-mail: [liviagilguimaraes@gmail.com](mailto:liviagilguimaraes@gmail.com).

<sup>iii</sup> Mestranda em Direito e Políticas Públicas pela UnB. Bacharela em Direito pela USP. Servidora do Poder Judiciário. Gerente de Altos Estudos na COPJ/SAE – STF. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1507284261472317>. E-mail: [renatapraxedes@hotmail.com](mailto:renatapraxedes@hotmail.com).

<sup>iv</sup> As tradutoras agradecem a Pierre Moutier pela disponibilidade para tirar eventuais dúvidas ao longo do processo de tradução.

<sup>v</sup> O artigo submetido pelo autor foi integralmente respeitado quanto à referenciação e marcas de estilo, mantendo-se, na medida do possível, o paralelismo com conceitos jurídicos nacionais. [N.T.]

## Résumé

La déférence judiciaire est un comportement qui porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs en ce qu'elle signifie soumission du pouvoir judiciaire aux pouvoirs législatif et exécutif; elle porte aussi atteinte à la garantie des droits et libertés des citoyens en ce qu'elle signifie soumission à l'ordre sécuritaire. En cela, la déférence judiciaire est contraire aux principes de l'État de Droit et, par ricochet, à la qualité démocratique du système politique. Car si la loi est la langue de l'État, les droits et libertés sont la langue de la Société et le pouvoir judiciaire est cette institution qui n'empêche pas les pouvoirs exécutif et législatif de voter des lois, mais empêche ces pouvoirs d'État d'abuser de leur position pour restreindre, limiter, voire supprimer les libertés des citoyens. Cette fonction protectrice des droits qui constituent le citoyen fonde la légitimité démocratique de la Justice constitutionnelle comme rempart au populisme.

## Mots-clé

Séparation des pouvoirs; garantie des droits; lois de l'État et droits de la société; légitimité démocratique de la justice constitutionnelle.

## Sommaire

1. Introduction. 2. La déférence judiciaire, un comportement contraire aux principes de l'État de Droit. 2.1 Un comportement contraire au principe de la séparation des pouvoirs. 2.2 Un comportement contraire à la garantie des droits et libertés. 3. La déférence judiciaire, un comportement contraire à la qualité démocratique d'un régime. 3.1 Un comportement contraire à la vie du Droit. 3.2 Un comportement contraire à l'éthique de l'agir juridictionnel. 4. Conclusion.

## Abstract

Judicial deference is a behavior that undermines the principle of separation of powers by implying submission of the judiciary to the legislative and executive powers; it also undermines the guarantee of citizens' rights and freedoms by implying submission to the security order. In this sense, judicial deference runs counter to the principles of the Rule of Law and, consequently, to the democratic quality of the political system. Because if the law is the language of the State, rights and freedoms are the language of Society, and the judicial power is the institution that doesn't prevent the executive and legislative powers from passing laws, but prevents these state powers from abusing their position to restrict, limit, or even eliminate citizens' freedoms. This protective function of the rights that constitute the citizen forms the democratic legitimacy of constitutional justice as a bulwark against populism.

## Keywords

Separation of powers; guarantee of rights; State laws and society's rights; democratic legitimacy of constitutional justice.

## Contents

1. Introduction. 2. Judicial deference, a behavior contrary to the principles of the Rule of Law. 2.1 A behavior contrary to the principle of separation of powers. 2.2 A behavior that goes against the guarantee of rights and freedoms. 3. Judicial deference, a behavior contrary to the democratic quality of a regime. 3.1 A behavior that is contrary to the life of the law. 3.2 A behavior contrary to the ethics of jurisdictional action. 4. Conclusion.

## Resumen

La deferencia judicial es un comportamiento que atenta contra el principio de la separación de poderes al implicar la sumisión del poder judicial a los poderes legislativo y ejecutivo; también afecta la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos al implicar sumisión al orden de seguridad. En este sentido, la deferencia judicial es contraria a los principios del Estado de Derecho y, por extensión, a la calidad democrática del sistema político. Porque si la ley es el lenguaje del Estado, los derechos y libertades son el lenguaje de la Sociedad y el poder judicial es esa institución que no impide a los poderes ejecutivo y legislativo promulgar leyes, sino que impide a estos poderes estatales abusar de su posición para restringir, limitar o incluso suprimir las libertades de los ciudadanos. Esta función protectora de los derechos que constituyen al ciudadano fundamenta la legitimidad democrática de la Justicia constitucional como baluarte contra el populismo.

## Palabras clave

Separación de poderes; garantía de derechos; leyes del Estado y derechos de la sociedad; legitimidad democrática de la justicia constitucional.

## Índice

1. Introdução. 2. A deferência judicial, um comportamento contrário a los principios del Estado de Derecho. 2.1 Un comportamiento contrario al principio de separación de poderes. 2.2 Un comportamiento contrario a la garantía de los derechos y libertades. 3. La deferencia jurídica, un comportamiento contrario a la calidad democrática de un régimen. 3.1 Un comportamiento contrario a la vida del Derecho. 3.2 Un comportamiento contrario a la ética de la acción jurisdiccional. 4. Conclusões.

## 1. Introdução

O XIX Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, realizado na Moldávia em maio de 2024, tem como tema “Formas e limites da deferência judicial, o caso dos Tribunais constitucionais”. O questionário enviado a cada tribunal é precedido de uma breve descrição da problemática: “a deferência judicial representa uma ferramenta jurídica inventada pelos juízes para a manutenção da separação de poderes e para que se abstenham de intervir em situações que eles considerem estar além de seus conhecimentos ou de sua legitimidade para decidir. O instrumento tem sido usado principalmente em casos que envolvam direitos fundamentais. A forma como os juízes exercem sua deferência é, portanto, uma questão fundamental de princípio constitucional, relativa ao papel apropriado de cada setor do governo em relação a questões importantes de política pública”. “Inventada pelos juízes” diz tudo. Deferência não é um conceito que pertence ao campo do direito, mas ao da moralidade comportamental, das regras de comportamento, em que ela designa a atitude de uma pessoa que se submete à decisão, à vontade e ao pedido de outra pessoa. Essas são, de acordo com a expressão consagrada, as marcas da deferência em oposição às da audácia quando, por exemplo, os deputados do Terceiro Estado se recusaram a obedecer às ordens de Luís XVI de se unir à nobreza e ao clero.

A deferência não ser um conceito jurídico não significa que ela não tenha efeito no campo do direito ou, mais precisamente, sobre os atores do campo jurídico – parlamentares, ministros, funcionários públicos, magistrados etc. – cujo comportamento, deferente em maior ou menor escala, terá consequências sobre a produção de decisões (leis, julgamentos, nomeações etc.), sobre as relações entre as instituições que eles representam e, de modo mais geral, sobre o funcionamento do sistema jurídico. Se os deputados do Terceiro Estado tivessem sido deferentes... Em sua tese<sup>3</sup>, Julien Bonnet demonstra que a recusa da Corte de Cassação em controlar a constitucionalidade das leis não se baseia em nenhum fundamento jurídico – nem no artigo 10 da Lei de 16-24, de agosto de 1790, nos artigos 6º e 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão nem no artigo 61 da Constituição de 1958 – mas em um espírito, uma cultura, uma atmosfera, uma deferência por parte dos magistrados socializados em torno da ideia de sua submissão à política e à lei. Se os juízes não tivessem sido deferentes...

---

<sup>3</sup> Julien Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Dalloz, 2009.

A representação que os atores têm da instituição que eles personificam constitui a estrutura, consciente ou não, de seus comportamentos e de suas relações efetivas de poder, pelo menos quanto à repartição constitucional de suas competências. Na linguagem da psicossociologia, sem dúvida seria dito que os atores jurídicos externalizam, por meio de seu comportamento, a representação da própria instituição que eles internalizaram. Assim, a deferência judicial, “invenção dos juízes”, expressa a representação que eles fazem da instituição da Justiça e de seu posicionamento com relação a outras instituições, especialmente o Executivo e o Legislativo. Em termos um pouco grosseiros, o sentimento comum, a representação comum, é que uma Justiça em seu devido lugar é uma Justiça deferente, isto é, sujeita ao poder político ou, em termos mais civilizados, respeitosa para com o poder político.

Por outro lado, uma Justiça que não fosse deferente não estaria “em seu lugar”; mais precisamente, estaria no lugar da política e abriria caminho para uma “República de juízes”. Além de sua conotação polêmica, há de se concordar que a frase expressa uma parte da verdade política contemporânea. Os juízes estão, efetivamente, em toda parte, tanto na esfera doméstica quanto na internacional. Eles decidem sobre a pertinência de planos de acordos de demissão ou desinstalação de empresas, sobre a atribuição de autoridade parental a um casal homossexual e sobre o termo inicial para a prescrição de crimes financeiros; eles se opõem à medida de segurança e à taxa de carbono; obrigam os parlamentares a redefinirem as regras que regem as prisões cautelares ou a internação compulsória... E esse não é apenas um fenômeno francês. Na Europa, as ordens jurídicas nacionais e o próprio ordenamento europeu foram construídos principalmente pelo Tribunal de Luxemburgo, que estabeleceu os princípios de efeito direto e primazia do direito comunitário, assim como pelo Tribunal de Estrasburgo, que definiu a lei e o pluralismo como requisitos essenciais a qualquer sociedade democrática. Na arena internacional, após a Corte Internacional de Justiça – CIJ e a criação do Tribunal Penal Internacional – TPI, em 2002, a ideia de um tribunal econômico internacional está ganhando força no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC, e até mesmo a ideia de um tribunal ambiental internacional.

Essa onipresença dos juízes é vista como um desejo de poder, ou até mesmo de vingança, ao passo que é uma crescente por omissão e, muitas vezes, até mesmo por autorização expressa dos políticos. Por omissão, no momento em que os órgãos de controle tradicionais – parlamento, assembleia geral de acionistas, entre outros – deixam de cumprir sua missão e levam os cidadãos a se transformarem em litigantes para que recaia sobre um ministro a responsabilidade pela condução de uma política

pública, ou sobre um empresário, pelo desvirtuamento do objeto social da empresa. Também, por omissão, quando o Parlamento legisla de forma mínima ou em termos tão imprecisos que deixa amplos poderes de decisão aos juízes. Ainda, ocorre por atribuição de poderes, quando os políticos dão aos tribunais novas competências em matéria de controle das finanças locais, planos de acordos de demissão e deliberações das autoridades locais, ou quando, em 2008, eles dão a todos os litigantes o direito de questionar a constitucionalidade da disposição legislativa que se aplica a eles.

Mesmo quando entendido dessa forma, o poder crescente dos juízes continua sendo um fato objetivo que gera problemas. E, sem rodeios, é um fato apresentado como a transição do governo do povo, por seus representantes eleitos, para o governo da sociedade por juízes e, portanto, como a manifestação de um declínio ou retrocesso na democracia. Por exemplo, Alain Minc denuncia a “nova trindade” de mídia-juízes-opinião que ameaça a democracia<sup>4</sup>, ou, em uma linha mais científica, Marcel Gauchet vê os direitos subjetivos como uma das principais causas da “crise da democracia”, porque sua crescente afirmação torna impossível governar as pessoas: “não são mais os delírios de poder que devem ser temidos”, ele escreve, “mas os estragos da impotência”<sup>5</sup>. E quando os juízes querem impor o respeito à lei, os políticos, tanto de direita quanto de esquerda, nunca hesitam em apresentar e defender suas prerrogativas como representantes eleitos do povo, como o ex-ministro da Justiça britânico, Ken Clarke, que ameaçou reformar o Tribunal Europeu de Direitos Humanos por ter decidido que a lei inglesa, a qual proibia o direito de voto a prisioneiros, era contrária à Convenção.

A fim de reduzir o alcance desse fortalecimento dos juízes, alguns autores desenvolveram teorias destinadas a compatibilizar e mostrar que a função de julgar, por mais importante que seja, é compatível com a democracia representativa. Alguns, como Charles Eisenmann, por exemplo, sustentam que o juiz constitucional nunca é o censor da vontade geral expressa pelos representantes eleitos da Nação, mas apenas o “dirigente” que indica a forma constitucional, legislativa ou regulamentar que a promulgação de uma norma deve assumir, sem se pronunciar sobre seu conteúdo ou adequação, que é uma questão para o julgamento político do soberano<sup>6</sup>. Outros,

<sup>4</sup> Alain Minc, *L'ivresse démocratique*, Gallimard, 1994.

<sup>5</sup> Marcel Gauchet, *L'avènement de la démocratie*, t.1, Gallimard, 2010, p. 67.

<sup>6</sup> Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, *Economica*, 1986, p. 17.

como Michel Troper<sup>7</sup>, consideram que a qualidade de representante não é atribuída pelo sufrágio universal, mas pela participação de uma instituição na expressão da vontade geral e que consequentemente o juiz constitucional, por sua contribuição a essa expressão, é um representante.

Essas teorias são sedutoras ou, mais precisamente, tranquilizadoras, na medida em que contam uma história que integra ou até mesmo dissolve a função de julgar na democracia representativa, que assim se torna a forma insuperável da Política. No entanto, é possível outra história que leve a sério a contribuição dos juízes para a criação de regras e que reflita sobre a forma de democracia implicada por essa contribuição. Nesse contexto epistemológico, a deferência judicial, ao passo que significa submissão, é um comportamento que afronta os princípios do Estado de Direito (1) e, por extensão, a qualidade democrática do sistema político (2).

## 2. A deferência judicial, um comportamento contrário aos princípios do Estado de Direito

### 2.1 Um comportamento contrário ao princípio da separação de poderes

Afirmar que o comportamento judicial deferente compromete a separação de poderes pode surpreender, tendo em vista que ele é geralmente apresentado, especialmente pela doutrina anglo-saxônica, como um comportamento que respeita esse princípio. Os próprios juízes concordam que a sua instituição e as decisões que tomam não devem ferir a instituição parlamentar e a vontade dos representantes eleitos do povo, expressa pela aprovação de leis. Uma fórmula resume essa representação da separação de poderes: o governo dos representantes eleitos, não dos juízes. Internalizada pelos juízes, ela funciona como um freio, um obstáculo ao pleno exercício de seu poder jurisdicional; instrumentalizada pelos políticos, ela funciona como um lembrete de sua posição dominante, aniquilando e desconsiderando qualquer ação jurisdicional que “desrespeite” essa posição.

No entanto, essa fórmula não tem nenhum significado além do político e prejudica o princípio da separação de poderes. Seja qual for a maneira de analisar a teoria de Montesquieu, ela defende que a liberdade política seria perdida se os três

---

<sup>7</sup> Troper, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie, in La démocratie continue. LGDL, 1995, p. 156.

poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, estivessem nas mesmas mãos; cada instituição deve ser independente no exercício de sua competência, nenhuma deve estar subordinada às outras e todas participam em conjunto na elaboração das leis. No entanto, a deferência é um estado de espírito, um comportamento de subordinação que abala essa relação igualitária entre os poderes. As palavras de Jules Grévy, em seu primeiro discurso como Presidente da República, em 6 de fevereiro de 1879, são muito esclarecedoras: “sinceramente *submetido* à grande lei do regime parlamentar, jamais entrarei em combate com a vontade nacional expressa por seus órgãos constitucionais”<sup>8</sup>. Foi um discurso de deferência constitucional, com Jules Grévy concordando em submeter a instituição presidencial à instituição parlamentar, comprometendo-se a não usar seu direito de dissolução que, no entanto, a constituição lhe conferia explicitamente. Essa subordinação deu origem à famosa Constituição de Grévy, na qual, desequilibrado por esse comportamento de deferência, um poder, o da Assembleia, gradualmente se viu em uma posição de domínio absoluto sobre as outras instituições, uma configuração que os constitucionalistas chamaram de “regime da Assembleia”, ou seja, um regime não mais baseado na separação de poderes, mas na confusão destes em favor do Parlamento.

Da mesma forma, a deferência jurisdicional é uma subordinação da instituição judiciária às instituições executiva e legislativa que interfere na separação dos poderes. Em seu relatório para o Congresso da Associação Internacional de Ciência Política de 1957, o reitor Vedel demonstrou que, na prática, “os poderes legislativo e executivo estão intrinsecamente soldados”. Qualquer que seja, de fato, a qualidade do texto constitucional, qualquer que seja a organização constitucional dos poderes escolhida, a unidade dos poderes é reconstituída no Executivo graças à lógica da maioria, atribuindo ao campo vitorioso e ao seu líder o controle do poder normativo. Esse fenômeno não é especificamente francês ou ligado à Quinta República. Se a instituição parlamentar se tornou subordinada – soldada, nas palavras do reitor – à instituição executiva, se, como escreveu Maurice Duverger, o Executivo e o Legislativo juntos formam o poder do Estado e se a instituição jurisdicional adota um comportamento deferente frente a esse poder do Estado, a separação de poderes não existe mais e a liberdade política está em perigo.

Embora o poder de decidir esteja atualmente nas mãos dos poderes Executivo e Legislativo, o equilíbrio dos poderes depende da possibilidade de exercício do poder Judiciário de prevenção. E de um exercício livre e independente, não deferente, pois, caso assim o fosse, o poder de controle seria diminuído, se não... impedido.

---

<sup>8</sup> Grévy, Jules. *Discours politiques et judiciaires*, Hachette livre, BNF, 2014, p. 80.

Além disso, esse poder não tem nem o objetivo nem o efeito de obstar que o poder do Estado governe, apenas o de impossibilitar que esse poder seja absoluto, que se aproveite de sua posição dominante para abusar de seu poder, infringindo os direitos e as liberdades que são a estrutura de um exercício democrático do poder. Os juízes não impedem o governo de governar; eles o inibem de governar como um mestre absoluto, lembrando-lhe dos limites constitucionais de suas competências.

O princípio da separação de poderes não pode ser entendido isoladamente. Com mais precisão, a relação que se estabelece entre os três poderes não é neutra ou mecânica, depende do princípio de legitimidade que se aplica em um determinado momento, que determina a posição de cada um e o seu lugar em relação aos outros. Na sociedade do Antigo Regime, dividida em três ordens, aceitava-se que a nobreza e o clero eram de nível superior, justificando sua posição de “privilegiados” que o povo tinha de reconhecer ao se comportar com deferência em relação a eles, isto é, com respeito à distinção social. A partir do momento em que essa distinção deixou de ser considerada legítima, a deferência do Terceiro Estado ruiu e os privilegiados perderam sua posição na noite de 4 de agosto. Após o início incerto da Terceira República, o discurso de deferência de Jules Grévy foi o reconhecimento da posição dominante de que, apesar dos textos, é legítima a concessão à Assembleia advinda do sufrágio universal. Em outras palavras, a legitimidade é o espírito que impulsiona e dá forma efetiva à separação de poderes.

Desse modo, os juízes adotam, ou acreditam que devem adotar, uma atitude de deferência em relação às instituições políticas, porque lhes falta a legitimidade que determina sua posição: a eleição. Nas palavras do General de Gaulle, o Presidente da República goza de legitimidade máxima, porque é o representante eleito de toda a nação; os deputados vêm antes dos senadores, porque estes últimos são eleitos apenas por sufrágio indireto e, portanto, não podem ter a última palavra; o Poder Judiciário, obviamente, não tendo legitimidade eleitoral, deve reconhecer sua inferioridade institucional. Essa falta de legitimidade é regularmente destacada quando os tribunais, as cortes ou o Conselho Constitucional emitem decisões que anulam ou censuram uma lei: “com a decisão da Sra. Gonzalez de 31 de maio de 2016, o Conselho de Estado refez a lei sobre GPA”, dizem alguns comentaristas<sup>9</sup>; “com a decisão de 6 de julho de 2018, anulando o crime de assistência a um estrangeiro em situação irregular<sup>10</sup>, o Conselho Constitucional se opôs aos representantes eleitos do povo que queriam tornar essa

<sup>9</sup> Conselho de Estado, 31 de maio de 2016, Sra. Gomez, RFDA, 2016, p. 755.

<sup>10</sup> Conselho Constitucional 2018-717/718 QPC, 6 de julho de 2018, publicado em 7 de julho de 2018.

assistência um crime”, condenam outros observadores. A legitimidade eleitoral, portanto, atua como um chamado à ordem para as posições de cada instituição.

O fato de esses chamados à ordem serem mais frequentes hoje em dia não significa que os juízes sejam menos deferentes com relação ao poder político, apenas que a legitimidade eleitoral na qual se baseava foi fragilizada, assim como a legitimidade da nobreza foi no passado. Há vários anos, o sufrágio universal não é mais suficiente para garantir a aceitabilidade social das leis, outro tipo de legitimidade vem surgindo, que dá pelo menos tanta importância à forma como a lei é feita quanto à sua origem eleitoral, e mais importância à deliberação, à troca de argumentos e ao contraditório que foram empregados na elaboração e adoção da lei. Nesse registro de legitimidade, o juiz muda de posição, o valor da lei não depende mais apenas de seu voto e, portanto, da posição dominante do Parlamento, mas igualmente do modo como foi produzida e da instituição jurisdicional responsável por garantir o respeito aos direitos e às liberdades. Essa nova legitimidade é expressa na máxima vedeliana derivada da decisão do Conselho de agosto de 1985: “a lei aprovada expressa a vontade geral somente em conformidade com a constituição”. A instituição parlamentar e a judiciária estão em posição de igualdade no trabalho de produção da vontade geral, e a deferência seria meramente a sobrevivência, na mente de juízes e políticos, da antiga legitimidade. Isso nos leva de volta a Portalis, que explicou: “há uma ciência para os legisladores, assim como há para os magistrados; e uma não é como a outra. A ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum: a ciência do magistrado consiste em pôr em ação esses princípios, em ramificá-los, em estendê-los, por uma aplicação sábia e raciocinada, aos casos concretos; em estudar o espírito da lei quando a letra mata”<sup>11</sup>. É nisso que reside a legitimidade democrática do juiz, em sua preocupação com a vida concreta, uma preocupação formada não pela repetição mecânica da letra da lei, nem pela livre criação hermenêutica, mas pela sobreposição dos argumentos das partes. A deferência jurisdicional se tornou um comportamento contrário à qualidade da lei.

## 2.2 Um comportamento contrário à garantia dos direitos e liberdades

Dois indícios concretos permitem mensurar as relações entre a deferência jurisdicional e a garantia de direitos e liberdades. Em primeiro lugar, os comentários

<sup>11</sup> Portalis, Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801, p. 46.

feitos sobre as decisões judiciais. Por exemplo, quando o Conselho Constitucional privilegia o princípio da fraternidade, censurando o artigo que torna crime ajudar um imigrante em situação irregular, ele é criticado por alguns por sua falta de deferência ao Parlamento e elogiado por outros por sua audácia; e aqueles que o criticaram louvaram sua “sabedoria” quando o mesmo Conselho julgou que o princípio da sinceridade e da clareza do debate parlamentar não havia sido violado durante a votação da lei de reforma da previdência<sup>12</sup>, enquanto os últimos o criticaram por sua excessiva deferência aos políticos. Em segundo lugar, há a tendência atual de atacar os juízes e, em particular, os juízes constitucionais, com base no fato de que eles protegem “demais” os direitos e as liberdades. Assim, na Hungria, na Polônia, como também em Israel, foram aprovadas reformas para (re)submeter os tribunais ao poder político e reduzir seu poder de sancionar a legislação.

Essa tendência populista constitucional não poupa a França. Algumas vozes clamam por uma revisão da Constituição que proibiria os tribunais franceses de usarem os direitos estabelecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos como padrões de referência para o controle das leis; outros querem retirar do Conselho Constitucional seu poder de censurar leis e transformá-lo em um mero órgão que emite pareceres consultivos sobre elas. Já em 1993, em resposta à decisão do Conselho de censurar a lei que restringia o direito de asilo, o Senador Dailly havia proposto uma revisão do Artigo 61 da Constituição, cujo objetivo era proibir o Conselho Constitucional de usar a Declaração de 1789 e o Preâmbulo de 1946 para julgar leis<sup>13</sup>...

Os direitos e as liberdades são vítimas da deferência jurisdicional; quanto maior a deferência, menos eles são protegidos.

Essa relação é baseada no conceito de Estado de Direito. Os juristas analisaram a questão do Estado e, mais especificamente, a relação entre o direito e o Estado por todos os ângulos. Alguns, como Carré de Malberg, negam qualquer fundamento jurídico ao Estado e fazem dele um “simples fato”<sup>14</sup>, enquanto outros, como Duguit, fazem do Estado uma criação do Direito<sup>15</sup>, e outros ainda buscam, com Kelsen, uma terceira via, substituindo as duas visões opostas da anterioridade ou posterioridade

<sup>12</sup> Conselho Constitucional 2023-819 DC, 14 de abril de 2023, publicado em 15 de abril de 2023.

<sup>13</sup> Isto não impediu que o Senador Dailly fosse posteriormente nomeado para o Conselho Constitucional.

<sup>14</sup> Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, p. 62.

<sup>15</sup> Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, reedição CNRS, 1972.

do Estado com relação ao Direito por uma visão da simultaneidade, da identidade do Estado e do Direito, resumida na fórmula “todo Estado é um Estado de Direito; o termo Estado de Direito é um pleonasmo”<sup>16</sup>. Seja como for, o Estado de Direito difere de outras formas de Estado pelo fato de as instituições jurisdicionais estabelecidas pela constituição serem responsáveis por garantir direitos e liberdades. O artigo 66 da Constituição de 1958 afirma que “a autoridade judicial é a guardiã da liberdade individual e garante o respeito a esse princípio”. Conforme o artigo 61-1, ao Conselho Constitucional competiu decidir se “uma disposição legislativa infringe os direitos e liberdades garantidos pela Constituição”. Em outras palavras, o Estado de Direito é um estado no qual o poder político é limitado pelos juízes, que devem verificar se os direitos e as liberdades são respeitados. Esses direitos e liberdades não são concedidos pelo Estado nem são os guias para sua ação. Em vez de ser regido pela lei, como pensava Louis Favoreu, é regido por interesses econômicos, pelo que Michel Foucault chamava de “a arte de governar” ou a razão governamental ou ainda de “economia política”<sup>17</sup>.

Se esses direitos e liberdades não são a linguagem do Estado, são a linguagem da sociedade. Não há jusnaturalismo aqui. Tais direitos não caem do céu, eles são o produto das contradições sociais e das lutas, muitas vezes longas e muitas vezes violentas, para obtê-los. “Na nossa provação diária”, escreve Camus, “a revolta desempenha o mesmo papel que o cogito na ordem do pensamento: ela é a primeira evidência. Mas essa evidência tira o indivíduo de sua solidão. Ela é um território comum que fundamenta o primeiro valor dos homens. Eu me revolto, logo existimos”<sup>18</sup>. Todos os direitos humanos nascem da revolta e, nesse sentido, são a preocupação de todos os homens, a base comum de todos os homens, o sinal da solidariedade de todos os homens. Assim sendo, eles são uma política, como escreve Claude Lefort, e, muito precisamente, uma política da sociedade contra o Estado. Os direitos estabelecidos em 1789 devem, portanto, ser vistos como armas nas mãos dos “membros do corpo social” contra a política de poder do Estado; como alavancas para se opor, criticar e restringir a razão do Estado, que tem como base o cálculo de interesses. O princípio da independência acadêmica é o “ponto de apoio” para a crítica da política estatal na área de pesquisa; o princípio da proteção ambiental é o “ponto de apoio” para desafiar a política estatal na questão climática; o princípio da fraternidade é o “ponto de apoio” para forçar o Estado a rever sua política na área

<sup>16</sup> Kelsen, *Théorie pure du Droit*, Dalloz, 1962, p. 370.

<sup>17</sup> Michel Foucault *Sécurité, territoire, population: Cours au Collège de France (1977-1978)*. Ed. Senellart, Michel. Gallimard; Seuil: Paris, 2004.

<sup>18</sup> Albert Camus, *L'Homme révolté*, La Pléiade, 2008, p. 79.

de acolhimento de estrangeiros. Na linguagem do direito, esses “pontos de apoio” são chamados de “padrões de referência” e o tribunal constitucional<sup>19</sup> é aquele que, usando as palavras da Declaração de 1789, recebe reclamações e faz a comparação entre os “padrões de referência”, ou seja, os princípios e direitos constitucionais, e os atos do poder legislativo.

A configuração constitucional que se delineia é clara: de um lado, o “poder estatal”, que toma suas decisões com base em um cálculo de interesses; de outro, o “poder jurisdicional”, que examina essas decisões e, quando apropriado, baseia sua crítica nos direitos dos “membros do corpo social”. Nessa configuração, uma deferência jurisdicional seria contrária aos direitos e liberdades que compõem a qualidade democrática de uma sociedade.

### **3. A deferência judicial, um comportamento contrário à qualidade democrática de um regime**

#### **3.1 Um comportamento contrário à vida do Direito**

Afirmar que a deferência judicial é contrária à qualidade democrática de uma organização é, sem dúvida, contraintuitivo. De fato, na ordem legítima das coisas políticas, o princípio democrático é respeitado se o juiz constitucional for somente, parafraseando a célebre e frequentemente mal compreendida formulação de Montesquieu, a boca da constituição. Nessa perspectiva, julgar a lei se resume à simples operação de aplicar um princípio que é, por si só, constitucional, normativo e significativo. O trabalho do juiz pode ser analisado como um simples lembrete ao legislador de que ele teria incompreendido o significado da norma constitucional; ele não acrescenta nada, não cria nada e não tem nenhum poder de apreciação ou de interpretação, uma vez que o significado da norma deve estar inserido na própria norma. O Tribunal simplesmente aplica ao Parlamento uma norma cujo significado é externo a ele e submete o legislador a uma norma à qual ele mesmo está sujeito e da qual é meramente porta-voz. Nessas condições, o juiz não exerce nenhum poder, ele simplesmente aplica uma norma preexistente, sua atividade é neutra e a questão de sua legitimidade não lhe é oposta.

---

<sup>19</sup> Por “tribunal constitucional”, entende-se o princípio do controle de constitucionalidade e não o Conselho Constitucional francês, tal qual organizado atualmente.

Entretanto, esse quadro conceitual não possibilita a compreensão da realidade do trabalho jurisdicional. Contrariamente a uma ideia muito comumente repetida, a lei não chega pronta aos juízes; não é uma norma que o juiz simplesmente teria de aplicar aos casos concretos pendentes diante dele; é um texto inacabado, uma norma em potencial que aguarda que o juiz atribua à letra da lei o significado que irá lhes dar força normativa. A teoria de um juiz autômato, mero repetidor da lei, foi definitivamente invalidada pela controvérsia francesa entre a Corte de Cassação e o Conselho Constitucional sobre o entendimento acerca da expressão “disposição legislativa que pode ser objeto de uma QPC”<sup>vi</sup>. Para a Corte, se o requerente não impugnasse a disposição legislativa, mas, sim, a interpretação dada pelos juízes, a questão não seria admissível e não deveria ser encaminhada ao Conselho<sup>20</sup>; por outro lado, para o Conselho, um litigante tem o direito de refutar a constitucionalidade de uma interpretação jurisprudencial da lei na exata medida em que é essa interpretação que lhe dá “alcance efetivo”<sup>21</sup>. Dessa maneira, reconheceu-se plenamente a diferença entre o texto e a norma e o papel desempenhado pelos juízes na transição de um para o outro.

Logo, é preciso admitir que o papel de um Tribunal não se reduz àquele, passivo, de quem sopra ao ator parlamentar, lembrando-lhe de sua partitura, mas, sim, o de desempenhar uma atividade plenamente política, na qual ele é criador de direito.

Não apenas porque o Tribunal “descobre” direitos a partir dos princípios escritos, mas também porque um princípio não aparece como um princípio de valor constitucional, como uma norma, como uma instância de avaliação da lei, até que o juiz lhe dê um sentido. Antes disso, as disposições constitucionais não passam de meras palavras aguardando sua normatividade e, para fazer com que essas palavras produzam um efeito legal, o juiz deve escolher um significado entre todos os possíveis.

Em suma, a determinação do sentido de um direito constitucional nunca pode ser um ato de conhecimento; é sempre um ato de vontade por parte dos juízes.

---

<sup>vi</sup> *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC) ou, em português, “Questão Prioritária de Constitucionalidade” é uma ferramenta francesa de controle de constitucionalidade *a posteriori*, disponível a qualquer pessoa que deseje questionar uma lei estimada como contrária aos direitos e às liberdades garantidos pela Constituição. O Conselho Constitucional é a instituição responsável por julgar a QPC e seus efeitos são *erga omnes*. [N.T.]

<sup>20</sup> Corte de Cassação, QPC, 19 de maio de 2010, Yvan Colona.

<sup>21</sup> Conselho Constitucional, 2010-39 QPC, 6 outubro 2010, publicado em 7 de outubro de 2010, p.18154.

De acordo com outra formulação conhecida, de aspecto oposto à de Montesquieu, a constituição é o que o juiz diz que ela é<sup>22</sup>. Nessa ordem de ideias, aquela da livre criação do direito por um juiz não eleito por sufrágio universal, pode suscitar a questão de sua legitimidade.

No entanto, essa representação de uma função de julgar totalmente livre, discricionária e subjetiva pode não ser convincente. Sem dúvida, um enunciado jurídico precisa da intervenção jurisdicional para alcançar a normatividade, mas isso não significa necessariamente que essa intermediação seja realizada pela ação unilateral, voluntária e discricionária do juiz. Acima de tudo, ela pode ser entendida como uma relação complexa entre todos aqueles que fazem uso de um enunciado jurídico e, nessa relação, o juiz é apenas um dos atores. O juiz faz parte de uma cadeia hermenêutica na qual intervêm as assembleias parlamentares, os tribunais europeus, os comitês e as sociedades científicas, as academias, os doutrinadores, as associações, os sindicatos, ... *A produção de sentido de um enunciado jurídico é o produto dessa cadeia, de modo que o juiz não é um poder livre para criar sentidos; ele é a instância na qual a relação entre a regra da maioria, que produziu a letra da lei, e os direitos fundamentais, é equilibrada, discutida e refletida*<sup>vii</sup>. Quando o juiz dá sentido à letra da lei, ele sempre o faz com base em um caso concreto com pessoas reais; o legislador, por outro lado, não tem ninguém diante de si, apenas um ser abstrato, e ele estabelece as palavras de forma geral e abstrata que tornam a lei, de acordo com a formulação consagrada, um texto geral e impessoal. Já o dever do juiz é o de resolver o caso concreto que lhe foi apresentado e conseqüentemente ele deve ter uma abordagem de aproximação a fim de exercer o trabalho de atribuição de sentido às palavras da lei.

*É aí que reside a legitimidade democrática do julgador, em sua preocupação com a vida concreta, uma preocupação formada não pela repetição mecânica das palavras da lei, nem pela livre criação hermenêutica, mas pela sobreposição dos argumentos das partes. O que equivale a dizer, em termos atuais, o que Portalis já dizia: “há uma ciência para os legisladores, assim como há uma para os magistrados; e uma não se parece com a outra. A ciência do legislador consiste em encontrar, em cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum: a ciência do magistrado consiste em pôr esses princípios em ação, em ramificá-los, em estendê-los, por meio de uma*

<sup>22</sup> De acordo com Oliver Wendell Holmes, juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos.

<sup>vii</sup> Nota do editor: destaques do autor.

aplicação sábia e fundamentada, aos casos concretos; em estudar o espírito da lei quando a letra mata”<sup>23</sup>...

Essa realidade do trabalho jurisdicional é atualmente aceita, mas é precisamente essa realidade que levou a crítica ao “governo dos juízes”. Se o princípio democrático é definido pela soberania do povo e se, por razões de tempo, educação, filosofia ou geografia, o povo não pode se furtar à representação, a única necessidade democrática real é que ele designe, por meio de seu voto, aqueles que agirão em seu nome. E, assim, o ideal democrático é atingido em seu cerne quando as leis aprovadas pelos representantes eleitos do povo podem ser desfeitas ou descartadas por uma instituição desprovida daquilo que dá legitimidade a um poder, o sufrágio universal. A participação dos juízes na elaboração das leis é, nessa compreensão de democracia, uma anomalia.

Contra esse pensamento dominante, e correndo o risco de aborrecer alguns populistas, é permitido a um constitucionalista ter opinião menos “catastrófica”, apresentando ou lembrando a todos o que os juízes agregam à democracia: a civilização, no sentido que Norbert Elias dá a essa palavra. O pano de fundo de todo julgamento e de todo procedimento, escreve Paul Ricoeur, é a violência e, portanto, *o horizonte de todo ato de julgar é apresentar-se como uma alternativa à violência em todas as suas formas*<sup>24</sup> e, em particular, àquela que é a mais destrutiva da ideia de sociedade, porque é uma simulação de justiça: a vingança. Em termos mais diretos, a transição da barbárie para a civilização se faz com o abandono do linchamento em favor da justiça. Isso implica reconhecer o Direito e os juízes como componentes necessários da qualidade democrática de um sistema político que, para se distinguir da forma representativa ou eleitoral, poderia ser chamado de “democracia contínua”.

### 3.2 Um comportamento contrário à ética da ação jurisdicional

A ideia de democracia contínua não inventa nem cria esse poder normativo do juiz, ela apenas o revela, levantando e rompendo a pesada estrutura conceitual que envolve a definição de democracia em um silogismo simples, mas eficaz: é democrático aquilo, e somente aquilo, que resulta do sufrágio universal; os juízes não são eleitos por sufrágio universal, portanto, ou eles são intrusos na democracia, ou o regime no qual eles têm poder normativo não pode ser qualificado como

<sup>23</sup> Portalis, Discurso preliminar sobre o primeiro projeto do Código Civil, 1801.

<sup>24</sup> Paul Ricoeur, *L'acte de juger*, Revue Esprit, 1992, p. 20.

“democrático”. Nessa estrutura conceitual, os juízes não podem ser vistos como atores da democracia.

Todavia, aqui essa estrutura conceitual também se “quebra”. Até agora, a legitimidade de uma instituição ou decisão dependia de sua origem: Deus e a legitimidade do direito divino, a Natureza e a legitimidade do direito natural, a Autoridade e a legitimidade carismática, o Povo e a legitimidade eleitoral que, nesse último caso, era imediatamente transformada em legitimidade “democrática”. Atualmente, esse critério de origem é debatido. Bem ou mal, a eleição não é mais considerada “O” marcador da qualidade democrática de uma instituição ou de uma decisão. *Está ocorrendo uma mudança nas crenças coletivas da origem do poder para a forma como o poder é exercido, da legitimidade eleitoral para a legitimidade procedimental. Em outras palavras, é a maneira pela qual uma decisão foi elaborada que a faz ser reconhecida como legítima.* Mais do que sua origem.

Essa legitimidade procedimental se manifesta, em primeiro lugar, no reconhecimento de uma diferença entre aqueles que são governados e aqueles que os governam. A existência de um juiz encarregado do controle da constitucionalidade da lei encena uma representação política que estabelece uma diferença entre o corpo de representantes e o corpo de representados. Em cada decisão jurisdicional, ocorre o mesmo ato: os atos aprovados pelo corpo de representantes – as leis – são julgados em relação aos direitos do corpo de representados – a constituição. Isso implica conceber dois espaços distintos, o dos representantes e o dos representados, cada um carregando vontades normativas potencialmente contraditórias: a lei votada pelos representantes eleitos não é automática e necessariamente a expressão da vontade geral, ela só o é, se e somente se, respeitar a constituição<sup>25</sup>.

No entanto, essa imagem do distanciamento é essencial e talvez até constitutiva da relação democrática. Sem dúvida, o ideal democrático é frequentemente apresentado como o envolvimento cada vez maior do povo no poder – por meio da extensão do sufrágio universal, por exemplo – e a fusão do povo no corpo político da representação nacional. Enquanto as “democracias populares”, com o partido único, levaram essa lógica de fusão ao extremo, as “democracias burguesas” também aderiram a ela com mais sutileza. Raymond Carré de Malberg, em particular, fez uma descrição perfeita da maneira como esses regimes parlamentares operam: com

<sup>25</sup> De acordo com o conhecido considerando da decisão do Conselho Constitucional de 23 de agosto de 1985: “a lei aprovada expressa a vontade geral apenas quando está em conformidade com a Constituição”, CC 85-197 DC, 23 de agosto de 1985, R. p.70.

base na identificação dos governados com os governantes, na confusão entre o povo e seus representantes, bem como entre a vontade geral e a vontade parlamentar, tornando o Parlamento igual ao soberano, ou melhor, como escreveu o mestre de Estrasburgo, colocando-o como soberano<sup>26</sup>. Mas, por mais democrático que possa parecer, esse tipo de funcionamento político não passa, na realidade, da reprodução transposta do princípio monárquico, segundo o qual o corpo da Nação e o do Rei formam um só. Em um discurso ao Parlamento de Paris em 3 de março de 1766, Luís XV declarou que “os direitos e os interesses da Nação, que ousam transformar em um corpo separado do monarca, estão necessariamente unidos aos meus e repousam exclusivamente em minhas mãos; não tolerarei”. Continuou ele, “a introdução de um corpo intermediário que só poderia perturbar a harmonia”. Em 1789, os revolucionários certamente acreditaram e queriam separar esses dois corpos; eles até pensavam que o ato revolucionário estava precisamente nessa afirmação ousada da autonomia do corpo da Nação em relação ao do Rei. No entanto, por razões políticas, os homens de 1789 reconstituíram a unidade dos corpos, oferecendo apenas à Nação um novo corpo no qual se fundir, o corpo de representantes.

É essa fusão que o juiz constitucional rompe. Ao mostrar a constituição, ele mostra o ato do corpo do povo soberano e impede que o ato do corpo de seus representantes seja diretamente imputado à vontade do povo. Enquanto a fusão de corpos leva a essa imputação na medida em que, por definição, o povo não existe de maneira separada e independente e não pode ter uma vontade fora daquela expressa por seus representantes<sup>27</sup>, o distanciamento dos corpos abre um espaço para a deliberação normativa. Os representantes estão sempre habilitados a expressar a vontade dos cidadãos, mas a fusão das duas vontades não é mais possível; a construção e a aplicação pelo juiz constitucional da autonomia do corpo do soberano, simbolizado pela constituição, faz com que sempre paire uma dúvida quanto à conformidade constitucional do ato legislativo aprovado pelos representantes. Desse risco permanente de discordância, que expõe a representação, decorre a necessidade de moderação no exercício do poder e na elaboração de normas.

A legitimidade processual se manifesta, em seguida, por meio da introdução de uma longa temporalidade na construção da lei. Ao relembrar os princípios fundamentais enunciados pela Constituição, o juiz obriga à reflexão sobre o sentido, o valor e o alcance que a adoção dessa ou daquela lei pode representar para o “bem

<sup>26</sup> Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1984.

<sup>27</sup> Siéyès escreveu: “O povo só pode falar e agir por meio de seus representantes”.

comum”; ele cria uma distância ao imediatismo, à rapidez e à emoção. E não é contrário à ideia democrática o fato de que o tempo de reflexão deve prevalecer sobre o tempo da emoção, porque a vontade geral não é produzida espontaneamente ou na despreocupação do momento, ela é “feita” com moderação, com prudência, e o Tribunal Constitucional é o espaço que permite que o tempo curto, leve, e às vezes atordoado, de uma iniciativa legislativa seja confrontado com o tempo longo dos princípios que a Constituição estabelece.

Por fim, a legitimidade procedimental se manifesta na construção de um regime de enunciação de normas que envolve vários atores: o governo, do qual se originam quase todas as leis; o parlamento, que emenda e vota; e o juiz constitucional, que questiona a constitucionalidade da lei. O primeiro “trabalha” a vontade geral com base na confiança de sua maioria, o segundo a partir da confiança dos eleitores, o terceiro mediante o apego solenemente proclamado pelo povo aos direitos humanos estabelecidos nos preâmbulos e nas convenções internacionais, cada um fazendo sua própria contribuição para a formação da vontade geral. Mais uma vez, a ampliação do círculo deliberativo não é, a priori, contrária à ideia democrática de elaboração da norma.

Se esse é o caso, se o juiz tem um papel decisivo na construção da norma, se ele está situado na interface entre as esferas civil, pública e política, seu poder deve ser exercido de acordo com uma ação jurisdicional que se desdobra em quatro regras principais, cada uma e todas elas juntas, tendo por objeto a busca pela produção de um julgamento garantido por sua qualidade deliberativa.

O primeiro princípio é evidentemente a obrigação de motivar os julgamentos. Como uma decisão não é uma aplicação silogística da lei, mas o resultado de uma escolha entre vários significados possíveis dos enunciados legais, o juiz deve demonstrar o processo argumentativo que o levou a adotar uma dada interpretação em vez de outra. Todo magistrado constrói a qualificação jurídica dos fatos com base em um determinado número de elementos que ele deve indicar e justificar. *Nessa lógica, seria oportuno que a França finalmente reconhecesse a prática de opiniões apartadas, pois elas “funcionam” como um meio procedimental que obriga os juízes a fundamentarem mais e melhor suas decisões. Quando os juízes majoritários sabem que seus colegas minoritários podem, após o julgamento e publicamente, expressar sua discordância com a solução adotada ou com as razões apresentadas, eles são levados a prestar mais atenção à qualidade jurídica de sua argumentação e, da mesma forma, os juízes “dissidentes” devem motivar mais seriamente sua opinião se desejam que a jurisprudência se faça evoluir. A racionalidade de uma decisão judicial depende de sua capacidade de considerar a hipótese de que ela poderia ter sido diferente, caso contrário, ela não é racional, é “louca”.*

O segundo princípio é certamente o princípio do contraditório. Uma decisão judicial é construída por meio da troca de argumentos entre as partes e cada uma delas deve ter o direito de apresentá-los e defendê-los com paridade de armas. Nesse sentido, o advogado é mais do que um “auxiliar da justiça”, para usar uma expressão condescendente; tampouco é o inimigo do magistrado, aquele que quer levar o juiz a cometer um “erro” ao interpretar o artigo do Código de uma forma e não de outra; o advogado é aquele que participa da construção da decisão judicial por meio da discussão aprofundada dos argumentos. E esse princípio do contraditório depende do reconhecimento e do respeito à ampla defesa.

O terceiro princípio é o princípio da publicidade dos debates judiciais. Desde que a autonomia da esfera de produção do julgamento seja constitucionalmente garantida, a esfera da justiça pode e, acima de tudo, deve se abrir e se comunicar com as demais esferas.

Por fim, o último princípio, o da colegialidade. Toda decisão judicial é – ou deveria ser – “deliberada”, de acordo com a formulação clássica, ou seja, seu conteúdo é discutido, o julgamento é o resultado de uma confrontação entre os magistrados; essa colegialidade funciona como um mecanismo de “formação permanente”, como um processo de controle recíproco que garante a qualidade do julgamento.

## 4. Conclusão

Àqueles que incessantemente interpelam os juízes com “por favor, deferência, deferência, deferência”, seria tentador dizer-lhes como Danton: “por favor, audácia, mais audácia, sempre mais audácia e a democracia será salva”. A Justiça sempre foi um “marcador” da democracia. As sociedades saíram da barbárie quando abandonaram o linchamento em favor da justiça; as sociedades entraram na era democrática quando estabeleceram as regras do devido processo legal e do tribunal neutro e imparcial. *A Justiça não é um componente do princípio liberal que viria a “poluir” o princípio democrático. Ela é um componente do próprio princípio democrático, que seria incompleto sem ela.* Na configuração democrática moderna, em que o sufrágio universal não é, ou não é mais, a única fonte de legitimidade, a Justiça, desde que sua reconstrução institucional e ética seja realizada, pode ainda ser a instituição por meio da qual se continuará a legitimidade democrática.

## Referências

BONNET, Julien. **Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois**: Analyse critique d'un refus. 81. ed. Paris: Dalloz, 2009.

CAMUS, Albert. L'homme Révolté. **Œuvres Complètes**. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 2008.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Paris: Sirey, 1920.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875. Paris: Economica, 1984.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 5 vol., 1921-1929 ; 3 vol. Paris: rééd. CNRS, 1972.

EISENMANN, Charles. **La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche**. Paris: Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Sécurité, Territoire et Population**. Cours au Collège de France. Paris: EHSS, Gallimard, Seuil, 2004.

GAUCHET, Marcel. **L'avènement de la démocratie**, t 1. La révolution moderne. Paris: Gallimard, 2010.

KELSEN, Hans. **Théorie pure du Droit**. Paris: Dalloz, 1962.

MINC, Alain. **L'ivresse démocratique**. 1. ed. Paris: Gallimard, 1994.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. **De l'Esprit Des Lois**. Gallimard, 2024.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801**. Bordeaux : Éditions Confluences, 2004.

RICOEUR, Paul. **L'acte de juger**. Revue Esprit, 1992, p. 20.

TROPER, Michel. **Justice constitutionnelle et démocratie**, in La démocratie continue. LGDL, 1995, p. 156.

## Jurisprudência citada

FRANÇA. Conselho Constitucional 2023-819 DC, 14 de abril de 2023, publicado em 15 de abril de 2023. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2023/2023849DC.htm>>.

FRANÇA. Conselho Constitucional 2018-717/718 QPC, 6 de julho de 2018, publicado em 7 de julho de 2018. Disponível em: <[https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2018/2018717\\_718QPC.htm](https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2018/2018717_718QPC.htm)>.

FRANÇA. Conselho de Estado (Assemblée), 31 de maio de 2016, Sra. Gomez, RFDA, 2016, p.755.

FRANÇA. Conselho Constitucional 2010-39 QPC, 6 de outubro de 2010, publicado em 7 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201039QPC.htm>>.

FRANÇA. Corte de Cassação. QPC 09-82582 19 de maio de 2010, Sr. Yvan Colonna. Disponível em: <<https://www.courdecassation.fr/decision/61402d5403f751c6733ea0a8>>.

FRANÇA. Conselho Constitucional 85-197 DC, 23 de outubro de 1985, R. p. 70. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1985/85197DC.htm>>.