



ENTRE O CORRETO E O JUSTO: O EXERCÍCIO DO PODER JUDICIÁRIO EM CONTEXTOS DEMOCRÁTICOS

Larissa Waked Furtado¹

RESUMO

O exercício do poder judiciário em contextos democráticos desempenha um papel fundamental na garantia do Estado de Direito, na proteção dos direitos fundamentais e no equilíbrio dos poderes constituídos. Em uma democracia, o Judiciário atua como um guardião da Constituição, interpretando e aplicando a lei de forma imparcial e independente, e garantindo que as decisões governamentais estejam em conformidade com os princípios democráticos e os direitos individuais. Diante desse contexto, o presente estudo, organizado sob a forma de um artigo científico, objetiva discorrer sobre a atuação do poder judiciário em contexto democrático, considerando a percepção do correto e do justo frente aos direitos sociais. Para isso, realiza um levantamento bibliográfico que contou com análises qualitativas sobre o conteúdo pesquisado. Dessa maneira, após as discussões, evidenciou-se que poder judiciário desempenha um papel crucial na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, servindo como um último recurso para resolver disputas legais e garantir a igualdade perante a lei. Por meio do exercício do controle de constitucionalidade e da revisão judicial das leis e políticas governamentais, o Judiciário pode corrigir abusos de poder, proteger minorias e garantir que os direitos individuais sejam respeitados e preservados.

Palavras-chave: Democracia; Direitos Sociais; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The exercise of judicial power in democratic contexts plays a key role in ensuring the rule of law, protecting fundamental rights and balancing the powers that be. In a democracy, the judiciary acts as a guardian of the Constitution, interpreting and applying the law impartially and independently, and ensuring that government decisions conform to democratic principles and individual rights. In this context, the present study, organized in the form of a scientific article, aims to discuss the performance of the judiciary in a democratic context, considering the perception of what is right and fair in the face of social rights. To this end, it conducts a bibliographic survey that included qualitative analyses of the researched content. Thus, after the discussions, it was evident that the judiciary plays a crucial role in protecting the fundamental rights of citizens, serving as a last resort to resolve legal disputes and ensure equality before the law. Through the exercise of constitutional review and judicial review of government laws and policies, the judiciary can correct abuses of power, protect minorities, and ensure that individual rights are respected and preserved.

Keywords: Democracy; Social Rights; Judiciary.

¹ Possui mestrado em DIREITO pela Universidade Portucalense (Portugal); Graduação em DIREITO pela Universidade Candido Mendes (2012). Atualmente é SUBPROCURADORA TRIBUTÁRIA da PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE SEROPÉDICA. Tem experiência na área de Ciência Política.



INTRODUÇÃO

À primeira vista, a expressão *entre o correto e o justo* aborda uma questão muito simples; algo que está em conformidade com o princípio democrático de que algo pode estar correto, seguir a lei. Contudo, nem sempre somente aplicar a letra fria da lei torna processos justos, ou seja, que assegurem direitos fundamentais aos indivíduos dentro de um Estado democrático. Esta questão é geralmente colocada com o entendimento de que se quer estabelecer um regime democrático, fazer o certo nem sempre é fazer o justo. Pode-se ser justo e correto, mas nem sempre correto e justo. Consequentemente, busca-se a essência da democracia, depois a do poder dos juízes para se assegurar direitos àqueles que precisam de representação.

Ainda, abe considerar não existe nenhum sistema no mundo em que os processos jurisdicionais sejam resolvidos pelo povo. O poder judiciário é necessário para manter a democracia em curto, já que existem juízes profissionais em todos os sistemas que se autoproclamam democráticos. Acontece, então, que os redatores dessas constituições consideraram que duas coisas eram compatíveis: a existência e a não existência de poder judiciário, Poderíamos, evidentemente, examinar se estas opiniões são bem fundamentadas, contudo tal atitude deve ser claramente rejeitada porque as conclusões do exame dependem de concepções relacionadas com a essência da democracia e do poder judicial. Por força das disposições constitucionais, os juristas sentem-se obrigados a manter a compatibilidade e, portanto, defender certas teses e propor algumas definições. São estas teses que procuramos examinar, analisar as estratégias e limitações argumentativas que levam à sua adoção e defesa. A compatibilidade pode ser discutida – e, de fato, é sustentada – graças a três grupos de argumentos, a saber, os juízes não constituem um poder orgânico, pois não existe um poder judicial único, pois existe um poder legislativo ou um poder executivo; os juízes exercem uma função e não um verdadeiro poder; e a democracia não poderia ser vulgarmente identificada com o poder da maioria, pois a verdadeira democracia é suportada pelo poder judiciário.

Dessa maneira, este estudo tem a meta de discorrer sobre a atuação do poder judiciário em contexto democrático, considerando a percepção do correto e do justo frente aos direitos sociais.



PODER JUDICIAL ORGÂNICO

A expressão 'poder judicial' tem dois significados principais na linguagem jurídica: um sentido funcional, o conjunto de atos pelos quais os processos são fundamentados; e um sentido orgânico, um conjunto de tribunais que apresentam determinadas propriedades estruturais (MORGADO, 2006). Existe um poder judicial em sentido orgânico?

Uma forma comum de abordar a questão, baseada no uso linguístico, precisa ser descartada imediatamente. Alguns pretendem derivar argumentos de certas práticas e, particularmente, do fato de, na linguagem de certas constituições, a expressão “poder judicial” ser utilizada ou, pelo contrário, cuidadosamente evitada.

A Constituição Federal do Brasil estabelece as bases e os princípios que regem o poder judiciário no país. Dentre as principais disposições relacionadas ao judiciário, destacam-se os princípios fundamentais, já que a Constituição estabelece princípios fundamentais que devem nortear a atuação do poder judiciário, tais como a separação dos poderes, a garantia dos direitos fundamentais e a defesa da ordem democrática.

Além disso, a CF cita que o poder judiciário é reconhecido como um poder independente e autônomo, livre de influências externas e sujeito apenas à Constituição e às leis do país. Ainda, a Constituição define as competências e funções do poder judiciário, incluindo a resolução de conflitos de interesse, a proteção dos direitos fundamentais, a garantia da ordem jurídica e o exercício do controle de constitucionalidade.

A Constituição estabelece a estrutura organizacional do poder judiciário, incluindo a divisão em diferentes instâncias (tribunais e juízes), a criação de órgãos específicos (como o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais e Juízes de Primeira Instância), e a definição das atribuições de cada um. Dessa forma, garante diversas prerrogativas aos membros do poder judiciário, tais como vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e imunidade (BRASIL, 1988).



Se a linguagem não ajudar muito, pode-se proceder da mesma forma que para determinar a existência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Diz-se que existe um poder legislativo ou um poder executivo se existir uma autoridade, principalmente encarregada de uma função para a qual está especializada. É necessário, portanto, que cada uma dessas autoridades pratique todos os atos de uma função (legislativa ou executiva) e que os desempenhe sozinha. Sem dúvida nunca existe uma especialização perfeita, porém fala-se, contra todas as probabilidades, de poder executivo se quase todos os atos de execução, e os mais importantes, forem executados pela mesma autoridade. É, portanto, fácil identificar o poder legislativo no Parlamento ou no Governo (FRAGA, 2017).

Pelo contrário, esta solução não pode ser transferida para o poder judicial porque nunca existe apenas um tribunal, mas muitos. Assim sendo, é necessário raciocinar como identificar outros poderes, quando existem diversas autoridades. As práticas linguísticas não são uniformes. Existem muitos prefeitos num mesmo país que tomam decisões administrativas, mas não se diz que por isso existe poder administrativo no sentido orgânico ou poder municipal no país. Por outro lado, diz-se que existe um poder legislativo, mesmo que existam duas câmaras, ou um poder executivo, mesmo que existam vários ministros. Na verdade, essa diferença é explicada.

Em primeiro lugar, para Dias e Lima (2008), o caso do Parlamento ou do poder executivo, as diversas autoridades que o compõem, ou seja, as câmaras e os ministros, não praticam atos jurídicos paralelos, mas antes contribuem para a sua produção; Eles são seus coautores. As câmaras não fazem leis cada uma por si, mas votam o mesmo texto que, portanto, vira lei. Os ministros participam da edição dos decretos. Os prefeitos, por outro lado, tomam decisões independentes uns dos outros, que na lei francesa são chamadas de acordos.

Por outro lado, os atos das câmaras ou dos ministros são imputados ou atribuídos não a essas autoridades, mas ao conjunto de autoridades a que pertencem, ou seja, ao Parlamento ou ao Governo. Ao contrário, os atos dos prefeitos são atribuídos a eles próprios e não a um suposto poder administrativo ou municipal.

Portanto, de acordo com este esquema, teríamos que falar de poder judicial se, e somente se os tribunais colaborarem na produção de atos, dos quais seriam coautores, em vez de proferirem decisões de que sejam os respetivos



autores; e os atos que praticaram foram atribuídos não aos próprios tribunais, mas ao poder judiciário como um todo. É evidente que nenhuma das condições está satisfeita (DIAS; LIMA, 2008).

No entanto, se os processos pelos quais um Poder Legislativo ou um Poder Executivo são identificados não podem ser transferidos para o Poder Judiciário, pode-se, no entanto, falar de Poder Judiciário em outro sentido. Se as autoridades são hierárquicas, obviamente, deve ser feita referência a uma concepção flexível e não estrita de hierarquia. De acordo com a concepção estrita, a autoridade inferior está legalmente obrigada a obedecer às instruções da autoridade superior sob pena de sanções disciplinares. Este é um modelo hierárquico encontrado nas forças armadas ou na administração. Segundo a concepção branda, basta que a autoridade superior disponha dos meios para exercer uma influência determinante sobre o conteúdo das decisões tomadas pelas autoridades inferiores. É claro que existe entre os tribunais uma hierarquia entendida de acordo com a concepção flexível, uma vez que os tribunais supremos, sejam eles próprios tribunais supremos ou tribunais de cassação, podem efetivamente influenciar as decisões dos tribunais inferiores.

Se as autoridades tiverem poder discricionário na tomada de decisões. Com efeito, a existência de uma hierarquia, seja em sentido lato ou estrito, não é suficiente para se falar de poder judicial. Com efeito, numa administração fiscal, onde existe uma hierarquia em sentido estrito, as autoridades só podem determinar o montante do imposto realizando a operação aritmética prescrita pela lei fiscal, pelo que, apesar da hierarquia, não se pode dizer que as autoridades superiores têm poder fiscal. Não se dirá, portanto, que existe um poder judicial que se, ao exercer influência nas decisões das autoridades inferiores, os tribunais supremos fizerem algo mais do que aplicar um direito pré-existente ou impor essa aplicação (CITTADINO, 2002).

Desta forma, não existe poder judicial no sentido orgânico, mas existe poder judicial no sentido funcional. Mas, justamente, este ponto é objeto de discussão. Com efeito, o problema da conciliação com a democracia não se coloca, a menos que exista realmente um poder judicial tal como acabamos de o definir e se a democracia for um sistema em que as normas gerais são criadas pelo povo (MORGADO, 2006).



A DEFINIÇÃO DE DEMOCRACIA

Lembremos que aqui não se trata de confrontar o poder judicial com a verdadeira democracia, mas sim de examinar algumas teorias da democracia que visam fazer dos juízes uma instituição democrática. As diferentes teorias que serão examinadas não serão analisadas como verdadeiras ou falsas. Trata-se apenas de demonstrar que são necessários e que desempenham mais ou menos bem a sua função, o que, na falta de poder negar a existência de um poder judicial, como as teorias anteriores, é justificá-lo. Na realidade, nenhum deles o faz perfeitamente e, de facto, nenhum deles prevalece porque se afasta sempre das contradições internas ou das ideias que elas implicam. Penso em dois grupos principais de teorias. Pode-se argumentar que os juízes exercem o seu poder para criar normas gerais em nome do povo ou que a democracia não é, de todo, um poder do povo, mas um conjunto de princípios ou, ainda, que o povo é um grupo mais complexo entidade daquilo que se poderia acreditar (PRZEWORSKI, 2020).

De acordo com uma primeira versão desta doutrina, os juízes constituem uma instituição democrática porque a democracia não exige que o povo exerça o seu poder por si próprio ou através de representantes eleitos. Basta que seja exercida por delegação e esta delegação não é necessariamente explícita.

Assim, pode-se argumentar que há sempre uma referência legislativa implícita: com efeito, o poder legislativo pode sempre, caso o Tribunal de Cassação tenha criado uma norma que desaprova, criar uma nova lei e derrubar a jurisprudência. Foi o que fez, por exemplo, o Parlamento francês num caso recente: o caso Perruche². Mas se não o fizer, aprova a regra geral criada pelo juiz. Consequentemente, o juiz cria essas regras graças a uma delegação implícita concedida pelo poder legislativo.

Podem ser levantadas três objeções contra esta justificação, das quais se conclui que esta tese não resolve o problema da compatibilidade com a

² Em decisão de 17 de novembro de 2000, o Tribunal de Cassação decidiu reconhecer, em favor de uma criança nascida com defeito congênito grave, o direito à indenização paga pelo médico, cuja falta de diagnóstico impediu a mãe de abortar. Em 4 de março de 2002, o Parlamento aprovou uma lei cujo artigo primeiro proclama que <<Ninguém pode usufruir de um prejuízo pelo simples facto do seu nascimento>>, o que significa que uma criança nascida com um defeito congênito não pode mais reclamar indemnização em reparação pela culpa que causou este nascimento anormal.



democracia. Em primeiro lugar, estamos a assistir a uma modificação considerável da democracia. A democracia não é mais um sistema no qual o povo cria normas gerais. Isto já não é, como em Kelsen³, um sistema de autonomia, nem mesmo, como na democracia representativa, um sistema em que a maioria dos eleitores delega o poder de estabelecer regras gerais a uma autoridade legislativa eleita, mas sim um sistema ao qual delegados eleitos delegados. O povo já não é o conjunto dos cidadãos, que são, ao mesmo tempo, autores e destinatários das normas, nem mesmo o conjunto daqueles que escolhem quem as irá exercer, mas apenas a entidade em nome da qual o poder é exercido, aquele cujo nome é invocado, como Deus pode ser, isto é, sem que haja relação entre a vontade que se expressa e a vontade real.

Dir-se-á que os juízes, em certos casos, são eleitos. Mas, ao contrário dos eleitos, não podem ser eleitos com base num programa de criação de regras gerais. A segunda objeção é prática: o poder legislativo nunca tem certeza de poder impor a sua vontade, uma vez que a nova lei também pode estar sujeita a uma interpretação que reproduza a jurisprudência anterior. Existem muitos exemplos na jurisprudência brasileira.

A terceira objeção também é prática. Em muitos casos, o controle não pode ser realmente exercido e dificilmente pode ser exercido. O que se considera aqui não é apenas o caso em que não foi informado da jurisprudência, mas também aqueles em que a criação de uma norma pelo juiz é feita com base num princípio supralegislativo.

Existe uma variante Kelseniana desta teoria. Kelsen admite – é uma concessão em relação ao que geralmente afirma a respeito da criação do direito pelo juiz – que o juiz constitucional cria normas gerais, pois a anulação de uma norma geral é uma norma geral. O juiz constitucional, diz ele, é um legislador negativo. Kelsen também admite que estas decisões são políticas e, por outro lado, baseia-se nesta natureza política para recomendar que os juízes sejam eleitos pelo Parlamento. Mas, seja como for, tenta manter que não é um travão, mas sim um instrumento da democracia.

³ La démocratie, sa nature, sa valeur, trad. por Charles Eisenmann do 2º. Edição alemã, Paris, Sirey, 1932; Segunda edição francesa, com apresentação de Michel Troper, Paris, Economica, 1988 (Há uma versão em espanhol de Rafael Luengo Tapia e Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, México, 1974).



Longe de ser uma instituição antidemocrática, o Tribunal parece ser um elemento essencial do sistema democrático. As leis constitucionais, de fato, só podem ser adotadas de acordo com um procedimento longo e complexo e, na maioria das vezes, exigindo maiorias maiores do que as leis ordinárias. A maioria política do momento só poderá alcançá-los obtendo o apoio da minoria. O Tribunal não só aparece assim como o protetor da minoria, mas pode dizer-se que, se a democracia for definida como "autonomia", um sistema em que as leis são adotadas de acordo com este procedimento é mais democrático do que outro, porque um sistema mais ampla proporção de cidadãos estará sujeita a regras com as quais terá consentido.

O argumento, contudo, sofre de três fraquezas principais: Primeiro, o argumento baseia-se no pressuposto de que uma decisão adotada por uma maioria forte é mais democrática do que uma adotada por uma maioria mais fraca. A democracia ideal seria, então, um sistema em que todas as decisões fossem tomadas por unanimidade. O princípio da maioria nada mais seria do que um mal menor: devido à impossibilidade de obter o consentimento unânime dos cidadãos, seria necessário contentar-se com a maioria simples para decisões menos importantes, mas continuaria a ser exigida, na ausência de unanimidade, uma maioria maior para as decisões mais sérias.

Ora, esta concepção do princípio da maioria é discutível e o próprio Kelsen apresentou um argumento convincente contra ela: o sistema de unanimidade não é democracia. pelo contrário, é o oposto da autonomia, uma vez que permite apenas opor-se a uma lei desejada por outros. Portanto, é um sistema de heteronomia. Da mesma forma, a regra que exige maioria qualificada permite que uma minoria impeça uma decisão desejada pela maioria. O único sistema democrático, aquele que garante a autonomia do maior número, é o da maioria simples.

A segunda fraqueza da "teoria da mudança" reside em outra suposição: a de que o caminho indicado pelo tribunal pode ser verdadeiramente fictício. Basta notar que certas revisões constitucionais são proibidas (por exemplo, na Alemanha) e que outras são simplesmente impossíveis. Isto pode ser devido a razões factuais. A constituição pode exigir, por exemplo, que uma revisão que diga respeito a um determinado grupo ou a uma determinada autoridade obtenha o consentimento deste grupo ou desta autoridade (BORGES, 2014).



Mas também é possível, como aconteceu efetivamente em Itália, na Alemanha, na Índia, que o próprio Tribunal se declare competente para examinar a conformidade das leis constitucionais com certos princípios supraconstitucionais, considerados intangíveis como, por exemplo, aqueles que buscam a ampliação dos poderes do juiz constitucional⁴ (MIGUEL; BOGÉA, 2020).

Em suma, a “teoria da mudança” assenta no pressuposto de que o Tribunal se limita a verificar a conformidade ou não conformidade das leis com a constituição. Essa conformidade ou inconformidade seria de natureza objetiva e o Tribunal não exerceria qualquer poder de apreciação, o que é evidentemente errôneo, como se viu, uma vez que deve necessariamente interpretar as disposições da Constituição e esta atividade é função da vontade (BORGES, 2014).

Mas, acima de tudo, a teoria é difícil de conciliar com a concepção de representação que domina estes sistemas, como o sistema francês. A ideia kelseniana de que o poder constituinte é mais democrático porque só pode ser exercido através de um grande compromisso entre um grande número de deputados, pressupõe que estes deputados representem um grande número de eleitores que também pretende demonstrar que o controle da constitucionalidade reforça a democracia.

DEMOCRACIA COMO UM CONJUNTO DE PRINCÍPIOS

Estamos diante de um produto de limitações da argumentação político-jurídica. Certamente, declaram os defensores da ideologia do Estado de direito, o sistema que defendemos colide com o princípio democrático, mas apenas se esse princípio for identificado com o governo da maioria. Ora, a democracia não poderia ser reduzida a isto, pois a vontade do povo não é a vontade da maioria do povo e muito menos a da maioria parlamentar. Na falta de ser possível identificar a vontade do povo, é necessário considerar que ela se manifesta num certo número de princípios fundamentais que também são chamados de 'Estado de

⁴ O Supremo Tribunal da Índia anulou duas vezes alterações feitas à constituição, em 1976 uma alteração que validava uma eleição (Smt. Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain), em 1980 (Minerva Mills v. União da Índia) uma alteração que removeu todas as limitações ao poder de revisar a constituição, de modo que teria sido possível modificar a estrutura fundamental da constituição. (Cf.: Hidayatullah, M. Direito Constitucional da Índia, Liverpool, Publicação Lucas, 1986.



Direito'. Esta ideia é apresentada e justificada de diversas maneiras (ESPÍN-DOLA, 2000).

Pode-se, à partida, assimilar pura e simplesmente a democracia e o Estado de direito e sustentar que a democracia não consiste no poder da maioria, mas num sistema de garantias de direitos fundamentais, assegurados graças ao controlo da constitucionalidade. Contudo, esta concepção pode entrar em conflito com a justificação da supremacia da Constituição, se for considerado que os direitos fundamentais devem ser garantidos pelo seu valor intrínseco, ou seja, como direitos naturais e não porque foram explicitamente mencionados na Constituição. Nestas condições, se alguns destes direitos não tiverem sido mencionados na Constituição, não deverão deixar de ser protegidos (ESPÍN-DOLA, 2000).

Ou o tribunal constitucional garante a democracia assim entendida, ou seja, todos os direitos considerados e não garante necessariamente a supremacia do constitucional, ou o tribunal garante essa supremacia e não garante a democracia ou, em todo o caso, nem todos os direitos fundamentais. o que isso é considerado implicar. Esta fraqueza da justificação explica porque é raramente utilizada. Não poderia ser útil, exceto em alguns casos extremos, ao argumentar que uma revisão da Constituição realizada de acordo com as disposições de revisão é, no entanto, contrária aos valores fundamentais da democracia.

O Estado de Direito pode então ser concebido como um Estado que exerce o seu poder sob forma jurídica, ou seja, um Estado em que cada decisão é tomada de acordo com uma norma superior. Este Estado de direito será então definido como democrático na medida em que a constituição garante os direitos fundamentais e pode argumentar-se que o controlo da conformidade das leis com a constituição é necessário para a democracia entendida desta forma (SILVA, 2004).

No entanto, não é possível manter esta definição porque levaria a chamar “democracia” ao “despotismo esclarecido”, desde que respeite os direitos estabelecidos em alguma carta fundamental. Os autores não podem, portanto, eliminar completamente o princípio da maioria da definição.

Mas então, para Silva (2004), ou a democracia é um sistema em que a maioria tem de respeitar os valores fundamentais e regressa à concepção de uma democracia limitada pelo controlo da constitucionalidade ou, em vez de



apresentar o princípio da maioria e os direitos fundamentais como contrários, uma fórmula é buscada pelo qual o princípio da maioria é um meio que permite garantir os direitos fundamentais.

Logo, para Espíndola (2000), uma melhor compreensão do sistema que temos é que existe um governo majoritário para apoiar a Declaração de Direitos. Aqueles que apoiam a primeira concepção devem então explicar como o sistema difere de uma democracia limitada e os simpatizantes da segunda porque é que um sistema em que o poder da maioria do povo nada mais é do que um meio ao serviço dos fins mais elevados ainda deveria ser chamado de 'democracia'. Além disso, alguns autores estão bem conscientes desta dificuldade e consideram que o sistema que a Constituição dos Estados Unidos tentou estabelecer não é a democracia, mas a liberdade. No entanto, outros relacionam os princípios à vontade do povo.

Pode-se, por exemplo, argumentar que os princípios fundamentais foram enunciados na Constituição e que, conseqüentemente, foram precisamente as pessoas que os quiseram. Haveria assim uma democracia dual. O povo expressar-se-ia na política ordinária, elegendo os representantes encarregados de legislar e, numa forma mais elevada, impondo uma mudança na constituição.

A democracia comum assenta na ficção de que a maioria representa o povo. Ao anular uma lei por inconstitucionalidade, os tribunais dissipam esta função e impõem a real vontade do povo, tal como consta da constituição. Se o povo discordar da interpretação dada pelos tribunais, então o povo modifica a constituição, seja por revisão ou por outros meios. O respeito pelos princípios seria, portanto, respeito pela vontade do povo soberano. A ideia é engenhosa, mas é difícil de exportar para justificar, através da teoria democrática, o poder dos juízes que aplicam os princípios do direito europeu a fim de exemplificação (POMPEU; PONTES, 2017).

A ideia de uma democracia como Estado de direito, considerada também como um conjunto de princípios fundamentais, tem, de fato, sido amplamente desenvolvida atualmente. Neste caso, não é fácil relacionar estes princípios com a vontade do povo soberano. Pode-se argumentar que estão consagrados nos tratados, ratificados igualmente pelos povos soberanos dos diferentes Estados, mas muitas vezes se sublinha que estes expressam valores idênticos aos que



regem as constituições nacionais, de modo que a submissão aos tratados seria análoga à submissão à constituição.

Neste sentido, é citada a jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo, que se refere às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. A construção europeia – e mais genericamente, a construção de uma sociedade internacional – manifestaria assim a construção de um direito europeu comum, fundado nos princípios do Estado de direito e na proteção dos direitos fundamentais. Não haveria mais espaço para decisão política, uma vez que estes princípios transnacionais seriam impostos através de procedimentos estritamente jurisdicionais, portanto, neutros e imparciais (POMPEU; PONTES, 2017).

É por isso que outros autores, nos Estados Unidos, no Brasil e na França, procuram uma nova definição de democracia, de tal forma que esta se baseie sempre no antigo critério do poder do povo. Mas é esta última noção que deve então ser modificada. Existem diversas tentativas nesse sentido, mas todas elas devem admitir que a soberania não é exercida apenas pela função legislativa, mas também pelo poder constituinte, ou seja: que a soberania tem diferentes graus. Por outro lado, mesmo nos Estados Unidos, esta justificação tem um preço elevado.

Com efeito, para permitir ao tribunal garantir o respeito pela vontade do povo consagrada na constituição, é necessário pressupor que se limita à aplicação da constituição, sem exercer poder discricionário, porque a interpretação nada mais é do que uma função de conhecimento ou que o povo está realmente em condições de corrigir as interpretações dadas sobre a sua vontade.

Outra dificuldade refere-se ao estatuto dos governantes: se os representantes fossem considerados aqueles que expressam a vontade do povo soberano, não se entenderia que esta vontade estava subordinada à vontade estabelecida em a constituição, porque esta é também a vontade do povo soberano e que eles não podem ter duas vontades diferentes se, pelo contrário, forem considerados os eleitos, [mas] não têm caráter de representantes quando. são submetidos pelo tribunal à vontade constitucional do povo, segue-se que o povo não é chamado a participar na legislação ordinária.

O povo apenas exerce o poder constituinte para que a democracia não seja dualista em nenhum sentido e difira significativamente da democracia no sentido habitual. Jürgen Habermas compara este sistema político a aquele em



que um regente exerce o poder durante tanto tempo que o soberano não pode ou não quer ocupar o trono. Esta democracia é um governo onde o povo é detentor da essência do poder, que pode obviamente retomar, mas não o exerce, nem mesmo pelos seus representantes.

Desta forma, somos obrigados a considerar que a vontade expressa pela legislação ordinária está subordinada à vontade do povo, estabelecida na constituição e que não é a vontade do povo. A democracia dualista é uma democracia onde a lei está possivelmente de acordo com a vontade do povo, mas não é a expressão dessa vontade. Esta concepção seria, portanto, totalmente inadequada para justificar o controlo da constitucionalidade em países onde a lei é considerada a expressão da vontade geral.

DEMOCRACIA E DIREITOS SOCIAIS

Um dos argumentos dos países industrializados para a “deshierarquização” dos direitos sociais é a sua dependência da alocação de recursos. Na verdade, os direitos sociais têm a ver com o acesso aos recursos: com o acesso aos alimentos, aos benefícios de saúde, aos medicamentos, à terra, à habitação, ao dinheiro. Os direitos sociais requerem acesso a recursos para a sua realização, porque as deficiências a que respondem correspondem à falta de acesso, seja a bens, a serviços ou ao sistema. As deficiências sociais estão relacionadas com as periferias, com a marginalidade, com a falta de acesso a um lugar ao sol (ALMEIDA, 2007).

Mas os direitos civis e políticos não exigem menos recursos. Não há vida nem integridade física sem alimentação e saúde; não há direito ao trabalho sem direito à educação. Que possibilidades existem de exercer o direito de voto sem ter usufruído do direito à educação. Há até quem afirme que o direito ao voto seria um luxo face à urgência do direito de não passar fome.

Para Silva (1988), o problema com a concepção liberal dos direitos humanos é que ela se baseia num sistema proprietário de alocação de recursos, que permite o monopólio e a concentração. Então, para consolidar e garantir este esquema privativo, baseado nos postulados modernos de individualidade e identidade, devem ser priorizados os direitos humanos de liberdade, fundados nas ficções modernas de liberdade e autonomia da vontade, como se todas as



peças fossem igualmente livres, como se a primeira alocação de recursos tivesse sido equitativa. 8

No entanto, a realização das liberdades não é possível sem um nível de vida digno, sem a realização dos direitos sociais. Isto significa precisamente que os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes. A realização de alguns sem os outros não é possível. A priorização dos direitos civis em detrimento dos direitos sociais é sempre dada por quem já satisfaz os seus direitos sociais, pelo que os toma como garantidos, como óbvios (ALMEIDA, 2007).

Todos os direitos humanos têm a ver com o acesso aos recursos, e não apenas aos sociais. Talvez os sociais, por serem primários, fundamentais, tenham especialmente a ver com isso. Mas estas são sempre uma condição para a realização de outras liberdades.

DIREITOS SOCIAIS E ABORDAGEM COLETIVA

A perspectiva liberal clássica dos direitos humanos prefere os direitos de liberdade porque estes respondem ao modelo moderno de “homem” – soberano, autónomo, livre, masculino, autorrealizado e autorreferencial. A modernidade, o direito moderno, baseia-se no conceito de sujeito individual de direito.

Os direitos de liberdade são direitos que podem ser expressos individualmente. As violações dos direitos civis e políticos podem ser determinadas individualmente, sem suposições. Os direitos sociais, por outro lado, encontram frequentemente certas dificuldades na sua tradução como violações individuais. É mais difícil imaginar uma reclamação individual por violação do direito à alimentação adequada e mesmo à saúde adequada. Os conceitos de nutrição ou saúde adequada, bem como o de salário-mínimo, são difusos, difíceis de determinar, pois implicam levar em conta muitos fatores. Nessa linha, e na vanguarda das reivindicações coletivas, surgiram ações exigindo um salário digno.

Por outro lado, os direitos sociais, bem como os direitos ambientais, requerem uma perspectiva preventiva. A primariedade dos direitos sociais, a sua urgência, não permite atrasos, não é compatível com uma abordagem *ex post*. Ou seja, não se pode esperar que ocorra uma violação do direito de não ter fome, de alguém passar fome, para buscar a efetivação desse direito. A concretização



do direito à saúde não pode ser adiada até que alguém veja este direito minado (ALMEIDA, 2007).

Ou seja, a concretização dos direitos sociais - e também dos direitos ambientais - exige, antes de mais, a priorização de abordagens plurais que favoreçam reivindicações coletivas - e até proporcionam uma canalização de direitos difusos -, por um lado, e abordagens que promovem ações judiciais preventivas, que não atrasam a concretização dos direitos após a ocorrência de violações, porque direitos tão fundamentais como a alimentação e a saúde não permitem adiamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate entre o correto e o justo permeia o exercício do poder judiciário em contextos democráticos, refletindo a complexidade e a responsabilidade inerentes ao papel do judiciário na sociedade. Em uma democracia, espera-se que o poder judiciário atue como um guardião dos direitos fundamentais, da justiça e do Estado de Direito, promovendo o equilíbrio entre o cumprimento estrito da lei e a busca pela justiça social.

Ao ponderar entre o correto, ou seja, a aplicação da lei vigente, e o justo, que envolve considerações éticas, sociais e de equidade, o judiciário enfrenta desafios complexos e dilemas morais. Em muitos casos, a interpretação e aplicação da lei podem gerar resultados que são legalmente corretos, mas podem ser percebidos como injustos pela sociedade, especialmente quando confrontados com questões de desigualdade, discriminação e injustiça.

Nesse contexto, é essencial que o poder judiciário busque equilibrar a aplicação da lei com a promoção da justiça, considerando não apenas os aspectos legais de um caso, mas também suas implicações sociais, éticas e morais. Isso requer sensibilidade, imparcialidade e uma compreensão profunda das realidades e necessidades da sociedade em que atua.

Ao mesmo tempo, é importante que o poder judiciário mantenha sua independência e autonomia em relação aos outros poderes do Estado, garantindo que suas decisões sejam baseadas na Constituição e nas leis do país, e não em interesses políticos ou pressões externas. Somente dessa forma o judiciário



pode cumprir efetivamente sua missão de proteger os direitos individuais e coletivos dos cidadãos, fortalecendo os valores democráticos e o Estado de Direito.

Em conclusão, o exercício do poder judiciário em contextos democráticos envolve um delicado equilíbrio entre o correto e o justo, entre a aplicação da lei e a busca pela justiça social. É essencial que o judiciário atue com integridade, imparcialidade e sensibilidade às questões sociais e éticas, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e a promoção da igualdade perante a lei em uma sociedade democrática e justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Abel Silva. Notas para uma teoria da mudança social em Herbert Marcuse. **Psicologia & sociedade**, 2014, vol. 26, p. 533-539.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, 2002, vol. 2, no 3, p. 135-144.

DA SILVA, José Afonso. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, 1988, vol. 173, p. 15-24.

DE ALMEIDA, Dayse Coelho. A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. *Nômadias*. **Critical Journal of Social and Juridical Sciences**, 2007, vol. 15, no 1.

DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. O Ministério Público em Portugal. **O papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos**, 2008, p. 5-33.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DA DEMOCRACIA; O PAPEL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. **Novos Estudos Jurídicos**, 2000, vol. 6, no 11, p. 51-70.

FRAGA, Carlos Alberto Conde Silva. Poder Judicial e Regionalização. **JURISMAT**, 2017, no 10, p. 30-30.



MIGUEL, Luis Felipe; BOGÉA, Daniel. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 2020, vol. 35, p. e3510402.4

MORGADO, Miguel. O Poder Judicial na sociedade livre. **Revista Katálysis**, 2006, vol. 9, p. 75-84.

POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, 2017, vol. 8, no 2, p. 230-256.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2020.

SILVA, Filipe Carreira da. Democracia deliberativa: Avaliando os seus limites. **Oficina do CES**, 2004, vol. 203, p. 1-18.