

O DIREITO DE ERRAR POR ÚLTIMO: A legitimidade do Judiciário.

THE RIGHT TO ERR IN LAST The legitimacy of the judiciary.

Mauricio José dos Santos Bezerra.<sup>1</sup>

## RESUMO

A legitimidade estatal, no campo do Estado Democrático de Direito, tem a sua força experimentada no texto constitucional. A legitimidade dos poderes Legislativo e executivo, de certo, passa pela vontade direta do povo, que legitima o exercício desse poder pelo voto. Questão mais tormentosa está para o poder Judiciário, que, na sua maioria, tem membros na forma de concurso público. Mas, contudo, não deixa de exercer parcela de poder, cuja legitimidade não está na vontade direta – pelo voto – do povo, mas por uma construção ideológica de suas decisões como sendo justas e moralmente aceitas. Este trabalho acadêmico busca averiguar como se dá a legitimidade de exercício de Poder pelo Judiciário no Estado democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judiciário; Exercício do poder Estatal; Legitimidade.

## ABSTRACT

The state legitimacy in the field of the democratic rule of law, has its force experienced in the constitutional text. The legitimacy of the legislative and executive powers, right, passes by the direct will of the people, which legitimizes their power by voting. Question is more grinding for the judiciary, which mostly has members in order to tender. But, however, does not cease to exercise share of power, whose legitimacy is not in direct will - by vote - the people, but by an ideological construction of their decisions as fair and morally acceptable. This academic paper seeks to ascertain how is the legitimacy of the exercise of power of the judiciary in the democratic rule of law.

**KEYS-WORD:** Judiciary; Exercise of state power; Legitimacy.

---

<sup>1</sup> Mestrando do PRODIR – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, biênio 2013-2014.

## 1. INTRODUÇÃO.

O ministro Carlos Ayres Britto<sup>2</sup>, em aula inaugural do Mestrado Profissional de Direito da Fundação Getúlio Vargas informou a atuação do Supremo Tribunal Federal como defensor da Constituição e da Democracia. "A afirmação de que o STF tem o direito de errar por último sempre incomodou os ministros", explicou Ayres Britto, em sua explanação. Tal afirmação fora objeto de sua fala, quando sabatinado pelo Senado Federal. Na seara constitucional, poder-se-ia dizer que tal afirmação estaria no campo do Juiz ativista, e que o Estado seria Judicial? A verdade é que o Juiz constitucional operou verdadeira mudança no cenário jurídico de diversos Estados que o adotaram, resultando em sucesso as experiências dos tribunais constitucionais, levando para o Judiciário constantes questionamentos em sua legitimidade (TAVARES, 2012, p. 59).

O direito é senão uma luta, ao passo que a justiça é o escopo dessa luta. O direito está ligado a processo e litígios; já a justiça remete-nos ao equilíbrio e a harmonia, como, aliás, sugere a balança que sua personificação com frequência traz em mãos (LACERDA, 2010, p. 55). Nesse compasso, o Juiz, enquanto detentor do direito de dizer o direito, estabelece, na decisão, a impossibilidade da mudança. Elas, as decisões, consolidam o passado que se transforma naquilo que elas estabelecem. O problema é que a narrativa do processo não revela, em sua inteireza, o que seja direito (LOPES, 2010, p.77).

O eminente Ministro buscou iluminação para tal assertiva nas lições de Rui Barbosa, assim como o fizeram alguns de seus pares, outros ministros do Supremo Tribunal Federal, v.g. os destaques das obras abaixo:

É a lição de RUI BARBOSA, citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto no MS nº 21.443-DF: "Em todas as organizações políticas ou judiciais sempre há uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isto é humano.

---

<sup>2</sup> Aula Inaugural do Primeiro Mestrado Profissional em Direito do Brasil - DIREITO GV. In: <http://direitogv.fgv.br/en/node/35410>. Acessado em 04.01.2014.

Celso de Mello recordou uma célebre frase de Rui Barbosa. Senador, ele travou na sessão de 29 de dezembro de 1914 um debate com o colega Pinheiro Machado, que se insurgia contra uma decisão do STF. “Rui interveio e definiu com precisão o poder da Suprema Corte em matéria constitucional”, disse o ministro, citando o orador: “Em todas as organizações, políticas ou judiciais, há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar. O Supremo Tribunal Federal, não sendo infalível, pode errar. Mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, a alguém deve ficar o direito de decidir por último, de dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade. (YOSHIKAWA, 2005, p. 71).

Estariam os Senhores Ministros, de certa maneira, entrando na questão da legitimidade do Poder Judiciário? Primeiro, o Judiciário se sub-roga no direito de dizer o direito por último, depois, tem a função institucional de guardar a Constituição. O Judiciário tem o direito de errar por último, já que tem o direito de decidir por último? Ora, se o exercício do poder deva estar subordinado à soberania popular – ou ao menos com ela andar paripasso (MAUS, 2000, p.181) -, como pode o Judiciário se sub-rogar em um poder tão imenso, sem que o povo o tenha elegido para tal mister? O exercício do Poder estatal sem passar pelos crivos da soberania popular.

## 2. OS CAMINHOS FILOSÓFICOS DA LEGITIMIDADE

Legitimidade, *a priori*, deve ser entendida como aquilo que é legítimo, que é conforme com a lei, com o Direito, com a razão e com a justiça; o que é autêntico (FERREIRA, 2001, p. 421).

A avaliação de Kelsen (apud KÜHN, 2011, p. 236) sobre justiça, começa pela afirmação de que a sua idéia não é apreensível pela razão. Para Kühn, teria Hans Kelsen desenvolvido a noção de justiça, apartando o seu fundamento jurídico dos ideais políticos e sociológicos, que o levou à confusão da legitimidade com sua correspondência na ordem hierárquica fixada pela lei. Desta forma, conduzir-se moralmente era conduzir-se de acordo com os preceitos normativos da lei. Kelsen, nesse plano, teve como opositor Carl Schimdt, com arraigada influência na ordem legal moderna. A avaliação negativa que Schimdt tinha era de que:

Fazia sobre o fato de que o tribunal constitucional corresponderia a uma nova instância parlamentar, apta a fomentar posições parciais, quando haveria de ocorrer uma decisão de Estado, ainda hoje inspira a criação de mecanismos supra-hierárquicos, tendentes a um controle uno, soberano e moderador das demais instâncias, inserindo-se, na polêmica, a própria figura do Conselho Nacional de Justiça. (KÜHN, 2011, P. 237).

Contudo, Carl Schimidt temia que a judicialização pudesse subverter-se em politização da justiça, a distorcer a vontade da lei pela vontade daquele que detém o poder. Para Barroso (a partir de suas deduções de que direito não é política), as previsões daquele pensador não se concretizaram e as fórmulas de controle judicial da constitucionalidade se espalharam pelo mundo, mas alerta que o Juiz deva agir em nome da Constituição e das Leis, e não por vontade própria (BARROSO, 2008, p.14). Contudo, para Habermas, tal ilação não teria sentido, posto que, ao considerar a legitimidade apenas pelo raciocínio legal, estar-se-ia sob uma forma de ilegitimidade, na medida em que afastaria a legitimidade do Estado democrático .

Para Hegel a busca do sistema democrático deveria passar pelos crivos da compatibilidade da vontade geral com as vontades particulares, contudo não se afastou da idéia da supremacia do público sobre o privado. Assim, a ética aplicável à legitimidade passaria pelo ideal de que a soma das vontades individuais deveria estar presente na vontade do Estado. Já Karl Marx aborda essa legitimidade com funcionamento e existência derivado do consentimento dos cidadãos. Assim, seria possível uma teoria democrática, pautada em um pluralismo moderno, formada a partir da vontade geral. Destarte, para esse pensador, o Estado, que não estaria nessa teoria, seria apenas “Estado burguês essencialmente de coerção” ou “violência concentrada e organizada da sociedade”, o que para Gramsci não passa de um ser dotado de uma nova dimensão: a do consenso ou da legitimidade, isto é, um equilíbrio entre sociedade política e sociedade civil (MARIANO, 2009, p.17).

Esse ideário pluralista deságua na teoria da sociedade comunitária. O que se percebe como cerne da questão é um discurso jurídico acerca do que seja legitimidade, que *a priori* se pauta na relação do Direito com a política – e as formas sociológicas e filosóficas -, imbricado pelo discurso clássico Kelseniano do Direito como teoria pura, afastado da moral e da ética, e movimentos mais modernos, a buscar a justiça e os valores que devem governar as relações sociais contemporâneas. Nessa esteira,

apresenta-se um Estado como a panaceia das divergências, a desempenhar um papel importante no êxito – mesmo que seja mínimo – dos acordos entre os diversos grupos sociais (um pouco de Bourdieu). Devem-se analisar, nesse compasso, as teorias contraditórias entre aqueles tendentes a uma sociedade comunitária, cujo escopo é a busca de um Estado justo, promotor do bem-estar e da prosperidade de todos os cidadãos e das teorias que buscam apenas a justiça no pensamento de Rawls e o afastamento do Direito como a representação da Justiça, conforme Kelsen (TELLO, 2011, p. 247).

A Constituição tem sido uma expressão prestes a usos arbitrariamente metafóricos. Esse entusiasmo constitucionalista perdurou e, com o tempo, abriu espaço para certa tendência a que o conceito de constituição ou constitucionalismo perdesse qualquer contorno, deixando de ser um conceito-guia para se tornar um conceito-panaceia. Além da atomização, há o perigo da expansão imperialista, de uma racionalidade contra as demais. A esse respeito, tratando da questão da justiça, mas também a juridicização como funestos imperialismos das racionalidades (NEVES, 2009, p. 47).

Habermas foi um dos pensadores que mais se debruçou sobre o tema da legitimidade do Judiciário, e nesse orbe, há imperiosa necessidade de rever a sua produção sobre o tema, isso de uma forma direcionada. A questão enfrentada é a legitimidade do Poder Judiciário, tema sempre objeto da filosofia. Nesse orbe, Jungem Habermas tem na legitimação do Judiciário o maior problema por ele enfrentado. Esse pensador utiliza como ponto de partida de suas considerações sobre a legitimidade da ordem legal a teoria de Max Weber, o qual considera que a força legitimadora da ordem jurídica não é decorrência da moral; o poder exercido se legitima apenas em qualidades formais próprias (KÜHN, 2011, p. 234).

Habermas tende a relutar na aceitação da idéia de que haveria uma relação entre o que é legal e o que legítimo, pressupondo que a legitimidade estaria no sistema jurídico e não na lei tomada de forma particular. O sistema – jurídico – é que determina o que é legal e o que é legítimo. O sistema jurídico, por sua vez, buscaria a legitimidade na existência de uma moral convencional, a partir de normas prévias, gerais e vinculantes, justificando um poder político capaz de ato derivado de autoridade coercitiva. Para Habermas (apud TELLO, 2011, p. 257), a democracia que se impõe é a

deliberativa, cujos procedimentos sejam capazes de estabelecer princípios legitimadores do ato de governar, isto posto em nome da justiça. De tais acordos deveriam surgir as normas compartilhadas e pautadas em “preferências autointeressadas”, nele incluindo, dentre outros aspectos, o do entendimento social compartilhado. Para esse filósofo, existe um linhame estreito entre o diálogo e justiça universal (vinculando justiça e coesão social). Mais modernamente, a tendência de justiça passou a ser vencida pelo sentido de superação do Judiciário ante demais poderes, e, nessa senda, experimentava-se o que se passou a ser chamado de ativismo Judicial.

Desde que o Juiz americano John Marshall avocou para a Suprema corte uma supremacia perante os demais poderes, eis que o Judiciário passou a sofrer acusações de usurpar um espaço que não lhe tinha conferido a Constituição. Mas esse modelo se se difundiu e impregnou a história de países americanos, dentre eles o Brasil. Esse modelo conduziu os juízes a desempenhar papel diferenciado, com tendências ao ativismo, na concretização implementadora da Constituição (TAVARES, 2012, p. 60). E essas teorias contemporâneas da Constituição e de justiça constitucional tendem a serem acusadas de deslocar a constituição do centro natural gravitacional, representado pelo eixo político – com predominância do Legislativo – para uma judicialização das decisões, as quais são enfrentam om processo democrático, ameaçando o sistema jurídico de hipertrofia (TAVARES, 2012, p. 61).

### 3. A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO. OS FUNDAMENTOS DA ORDEM JURIDICA E A MORAL COMO PRESSUPOSTO.

Historicamente, a teoria lógico-formal do sistema constitucional seguiu a métrica da sistematização experimentada pelo Código Civil Francês, idealizada por PORTALIS, a conter normas rígidas e abstratas. Benjamin Constant e Laboulaye reconheceram que a condição primeira e fundamental da validade jurídica de um texto ou de um ato de direito está no dispositivo constitucional do Estado. E a ordem jurídica é sistematizada a partir do poder legislativo (GOYARD-FABRE, 2007, p. 115).

Porém, logo após a segunda guerra mundial, houve um deslocamento das fundações do direito, consubstanciada por uma proliferação de leis e de

regulamentações jurídicas, causadora de uma incompatibilidade de diretrizes administrativas, sempre sem técnica jurídica, tornando impossível se verificar a obrigatoriedade e a efetividade que vinculam com natureza de ordem jurídica. A proliferação de normas diluiu o efeito normativo do direito e atenuou-lhe a força obrigatória. Tampouco se deve desconsiderar a extensão do fenômeno jurisdicional sob a qual se chegou a dizer da existência de uma crise de legalidade. A administração e a jurisprudência fizeram - e fazem - concorrência à regra legislativa. E o papel do legislador se ofuscou diante da autoridade, burocracia e crescente poder normativo dos juízes (GOYARD-FABRE, 2007, p. 146 a 148).

Percebe-se que há uma sintonia entre legitimidade e senso de justiça. E como se pode deduzir de uma decisão judicial como elemento final do que se espera de Justiça? Percebe-se que algumas decisões da Justiça Constitucional geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, chegando-se a uma série de crises institucionais, desaguando em uma espécie de quebra de confiança e descontentamentos de todas as origens (Rosenfeld, apud TAVARES, 2012, p. 60). Aqui, se podem buscar parâmetros constitucionais e doutrinários na resolução do impasse.

As bases constitucionais vigentes informam que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos... E que Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (art. 1º da Constituição Federal de 1988).”

Ver-se que a Democracia tem dois pontos: a) exercício por representantes eleitos e; b) exercício diretamente pelo povo. Mas, logo a seguir, a Carta Magna, em seu artigo 2º, vem dizer que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Mais adiante, no artigo 93, inciso I, o texto constitucional regra a forma de ingresso dos membros do Judiciário, a saber, por concurso de provas e títulos. Assim, em regra, os membros do Judiciário não são escolhidos pelo sistema democrático formal, derivado da vontade do povo, que lhe representa por derivação do sufrágio universal.

Mas, mesmo assim, faz parte do Estado e exerce parcela do seu poder. Como entendê-lo como exercício de poder estatal legítimo, se, *a priori*, não deriva da soberania popular nem de formas democráticas de escolha? De plano, vale dizer que a

teoria do Direito não é a mesma coisa que a teoria da justiça, pois norma e sentença são apenas uma teoria de jurisdição e de discurso jurídico. (GRAU, 1998, p.73). Nesse plano, é fato o questionamento, quanto a sua legitimidade, tem acompanhado os Juízes constitucionais desde a sua origem, especialmente quando surge algum ativismo ou, inversamente, uma eventual fraqueza dos respectivos tribunais constitucionais (TAVARES, 2012, p. 60). Pronto, agora se aponta o norte para se chegar à legitimidade do Judiciário.

Nesse campo, há que se considerarem duas vertentes: a primeira seria a de uma democracia experimentada na norma hipotética, obra do legislativo e operacionalizado pelo executivo – eleito pelo povo -, e direcionado para casos hipotéticos e futuros. A segunda, agora direcionada para o fato concreto, existente, cujo reclamo seria amoldar essa norma hipotética ao caso experimentado (BRITO, 2003, p.183). Assim, o papel do Judiciário seria o do intérprete original, posto que o legislativo esgotasse o seu dever assim que a norma posta restasse completada. Somente ao Judiciário caberia o ofício de hermeneuta, capaz de dar perfeita simbiose entre o querer da norma e o fato *sub-júdice*. Mas, com que legitimidade haveria o Judiciário em desenvolver atividades típicas do legislativo?

O problema que se aponta está na legitimidade do querer social e a do querer do Juiz, a afirmar que é impossível a desvinculação da Ciência do Direito com a Ciência Política, e não se pode desvincular a moral social com a moral do julgador – ou do intérprete – (CRUZ, 2011, p. 120). Portanto, houve uma construção de um discurso ideológico de que a legitimidade do Judiciário deriva de uma sentença justa, a exigir dois parâmetros: a) que a sociedade aceite a decisão judicial como moralmente justa e; b) que haja na sentença um espelho da moral do juiz. Esse mesmo Judiciário estaria no plano da interpretação jurídica, a dizer o que não foi dito, ou quiçá seja subentendido nas entrelinhas da lei ou quem sabe aplicar o entendimento da norma ao caso *sub-júdice*. Nesse diapasão – e buscando o que pensou Pierre Bourdieu – o Judiciário, por ser detentor do direito de dizer o direito (aqui, o Ministro Carlos Brito, sobre o de errar por último), se utiliza das formas de exercício desse poder e das formas e métodos hermenêuticos para se inserir nas camadas sociais de dominação.

Esse entendimento se diapasoa a partir da afirmação de que o Juiz decide, escolhe a norma a ser aplicada, e escolhe o método interpretativo que possibilitará a coesão



(fundamento) ao que já se decidiu. E vai mais longe: diz-se que o Juiz modificaria esse método, se a sua decisão fosse outra... (CRUZ, 2011, p. 165). Informa o citado autor que o juiz, no campo da discricionariedade, se afasta dos conceitos tradicionais sobre o uso da analogia interpretativa, e, no campo do ser, se utiliza desse método integrativo de lacunas para buscar n'outra norma, a regra normativa para casos desconhecidos e ou não previstos na norma, levando em consideração apenas os pontos semelhantes. Nessa trilha de pensamento, informa que o emprego de analogia, o sair do resultado desejado para simples escolha de critério de comparação, tal prática pode resultar em insegurança jurídica, mas também afirma que a sua proibição se tornou ineficaz, na medida em que tal uso passou a significar uma atividade criativa do juiz. Afirma o citado autor que a forma de interpretação empregada no Brasil é dada pela pré-compreensão, onde o juiz julga a partir de suas próprias convicções e valores, posto que a sua compreensão seja influenciada pela vivência e pelo contexto. Expõe que na forma correta de interpretar, mesmo que não possa ignorar a si mesmo, o intérprete jamais deve ignorar a situação em que se encontra, e os destinatários da norma, sujeitos que irão sofrer a sua incidência.

Assim, o intérprete deve ter ciência da interpretação tradicional, mas que deve ele se ater à finalidade da norma, que é senão a paz social e a resolução dos conflitos. Nesse campo, teoriza a existência de um dogma da resposta correta, e analisa a tradição, que se sustenta em apartar o direito da moral e da ética. Mas, na sua condição de ente político, a instalar a ideologia de que somente ele possa dizer o Direito, o Judiciário persegue o ideário da legitimidade e da racionalidade jurídica, a criar o que se denominou como sociedade órfã, criando uma a falsa idéia de que, em *ultima ratio*, os litígios somente devem ser resolvidos pelo Judiciário, imponto à sociedade uma condição de dominada. Tal assertiva se avista na metáfora do Juiz Hércules, como alegoria daquele que é detentor do poder de dizer e dos meios de dizer, e, de forma acertada, o ser capaz de dar as respostas certas. Tal metáfora encontraria sua crítica na hipótese de existência de vários Juízes Hércules. No final, afirma que o Juiz deve sempre explicar nos processos a razão, a forma e os meios utilizados para se chegar a determinadas decisões, principalmente quando elas são incongruentes - soluções distintas para casos semelhantes, sem que se tenha havido uma alteração jurisprudencial – (CRUZ, 2011, p. 164). Nesse diapasão, aponta o autor para a possibilidade de o Juiz julgar – interpretar – com decisão díspare com a tradição (representada pelas as cortes

constitucionais e os tribunais superiores) - em busca da solução mais adequada – impregnada pela moral e ou a ética -. Trabalha-se a questão da legitimidade do Judiciário no que se denomina como um discurso decisório carregado de eloquência, a partir da utilização da linguagem como método de convencimento e, por consequência, de dominação (SOUZA, 2011, p. 106.).

Mais uma vez se depara com o poder simbólico descrito por Bourdieu (BOURDIEU, 2010, p. 225), na medida em que, para se colocar em prática essa eloquência – retórica -, o Juiz sentenciante se serve do conhecimento jurídico e da linguagem típica do *campus* e do *habitus* do Judiciário, para, em mensagem rebuscada, empreender sistemas de dominação social. O Judiciário se tornou o principal carecedor da legitimidade - quiçá de autoridade – que os demais poderes (legislativo e executivo). Afirma-se que, de acordo com a forma com que os membros do Judiciário ingressam na sua composição, geram-se questionamentos a respeito de seus limites e poderes. Porém, o juiz, através do discurso eloquente, busca a legitimidade na forma do discurso rebuscado, impregnado de termos jurídicos. O juiz, enquanto participante desse discurso, se coloca na posição de orador (*ethos*) que através do discurso jurídico (*logos*) terá que convencer o destinatário de suas decisões (*pathos*). Então, para se manter impávido em sua autoridade legítima, o Juiz se utiliza do discurso jurídico como forma de convencer, pela argumentação, os destinatários de suas decisões. Nessa seara, o Juiz será ele mesmo o primeiro do rol do auditório normativo, na medida em que se permite formar juízos críticos e sinceros a respeito da argumentação que irá se utilizar para formar o processo de persuasão. Nesse discurso, o juiz que formular fundamentação pautada na norma jurídica, terá possibilidade de maior adesão prévia do que aquele que se funda em retórica política, inclusive sendo oponentes de maior força (a argumentação pautada na norma tem maior força que a política) (SOUZA, 2011, p.109).

#### 4. O JUDICIÁRIO: ATIVISMO E SUPEREGO DA SOCIEDADE.

Luiz Roberto Barroso (BARROSO, 2008, p.3), leciona que judicialização significa dizer que algumas questões de larga repercussão política e ou social são decididas pelo Judiciário, e não tradicionalmente pelo Legislativo e Executivo. Nesse

campo, aponta-se como causas a redemocratização do país, pela Constituição de 1988, a constitucionalização abrangente (que trouxe para a Constituição matérias até então tratadas pela política e pela legislação ordinária) e pelo sistema de controle de constitucionalidade ora implantada no sistema jurídico Brasileiro, a permitir que o Judiciário julgue pela inconstitucionalidade das leis ou até mesmo afaste a sua aplicação aos casos *sub-júdice*.

Afirma este autor “que judicialização e ativismo judicial são primos. São da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”. Afirma também que Judicialização decorre do modelo constitucional a que se adotou e ativismo seria a escolha de um modelo específico de interpretação da constituição e está ligada à idéia da participação mais ampla do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no campo de atuação dos outros poderes (BARROSO, 2008, p.6).

Então, a legitimação que se busca entender estaria na Judicialização e no ativismo judicial, implicando em dizer que estas duas formas de exercício de poder Estatal teria, *a priori*, no poder de interpretar o sistema jurídico a partir dos preceitos implícitos e explícitos insertos nas Constituição, dando ao Judiciário o poder de anular a produção legislativa e até mesmo os atos dos demais poderes. Contudo, essa interpretação não seria de livre disposição pelo Judiciário, mas que se lhe impõe o dever de julgar a partir dos valores e dos princípios, a começar pelo principio democrático.

Luiz Roberto Barroso aponta a existência de três objeções à judicialização e, por consequência, ao processo de ativismo judicial, sendo eles: a) risco a legitimidade democrática; b) a politização da justiça e; c) os limites das capacidades do Judiciário. No campo do risco à legitimidade democrática, Barroso começa por dizer que, apesar de seus membros não ingressarem democraticamente pelo voto, o Judiciário possui um imenso poder político, inclusive o de invalidar atos dos demais poderes. Afirma que a legitimidade do Judiciário, então, deriva da natureza normativa e filosófica, na medida em que a Constituição Federal expresse literalmente esse poder, e que é possível a existência de agentes públicos sem derivação de processo eleitoral. Já do ideal filosófico, este deriva da combinação do Sistema Constitucional e do sentido democrático nele espelhado. Quanto á segunda possibilidade, a politização da Justiça, o Eminent Ministro do Supremo Tribunal Federal começa por dizer que, se para alguns

Direito é política (que submete o justo a vontade do detentor do Poder), esse não seria o seu entendimento, posto que o sistema constitucional não permita escolhas livres, tendenciosas ou particularizadas. Já para a terceira objeção, a de que presume-se limitações da capacidade institucional do Judiciário, Barroso afirma que doutrina constitucional moderna analisa a capacidade institucional a partir da análise de qual poder está mais capacitado para produzir as melhores decisões, a envolver aspectos técnicos e científicos com grande complexidade (BARROSO, 2008, p. 16).

Carlos Ayres de Brito, em sua obra sobre Constituição, termina por dizer que as formas interpretativas do texto constitucional “não sendo produzido por um poder assim virginalmente fático, são atos que não têm a menor ensancha de dispor livremente sobre o regime jurídico, não obstante afirmar quer o mega-princípio constitucional deva ser o da democracia, fundado no Estado Democrático de Direito (BRITO, 2003, p. 139)”.

Nesse diapasão, os juízes se empenharam na construção do lobby da proteção do povo contra o excesso e abuso do exercício do poder, a partir da alegoria de que o nazismo seria um Estado de não direito e, nesse campo, deveria o Judiciário, então submisso aos demais poderes, ser livre e independente (MAUS, 2010, p.41). Há uma disputa pelo do monopólio do poder estatal, centrado na idéia de que o Judiciário tenha se tornado o “poder dos poderes” ou “o superpoder”. Maus procurou esclarecer o conteúdo dessa forma de exercício do monopólio estatal, em detrimento das liberdades individuais e coletivas – a soberania popular -, sensível que o processo é de alienação e dominação, sendo em primeiro instante o construto escopado na dominação ideológica fincado na legitimação do Judiciário perante a sociedade. No segundo tempo, a dominação se dá no âmbito do “jogo do poder”, em uma luta silenciosa entre Judiciário, Legislativo e Executivo pela detenção de maior fatia do exercício do monopólio do poder estatal. Em outro momento, o autor debruça na dicotomia existente entre a soberania popular e o exercício do monopólio do poder Estatal – a retirada da justiça das mãos do povo -.

No primeiro momento, a autora finca o seu entendimento na dicotomia existente entre soberania popular e exercício do poder. Assim, a soberania popular seria a única capaz de dizer o direito e criar valores a serem inseridos nas constituições, de modo a controlar o monopólio do poder do Estado. Nesse diapasão, a soberania popular restaria na esfera legislativa, tendo por consequência o fato de o aparelho estatal restar impedido

de redefinir a lei quando da sua aplicação. Mas, o controle da lei pressupõe o marco do Estado de Direito, e não de qualquer Direito, mas as sociedades complexas da atualidade questionam o papel do Juiz, acerca da função que realmente desempenham e aquelas que deveriam desempenhar. Enquanto o Parlamento emergiu como vitória contra o absolutismo, a magistratura exerce um papel secundário na consagração inicial da democracia pós Revolução Francesa (TAVARES, 2011, p. 20).

A liberdade – e logo em seguida a igualdade -, o primeiro dos direitos humanos com destaque pelo iluminismo e pelo estado liberal, vai encontrar a sua premissa na legitimidade enquanto objeto final da atividade legislativa. Essa soberania popular, exercida na escolha dos valores a serem protegidos pelo legislativo, enquanto exercente das prerrogativas da soberania popular – ainda que por representação – encontra na lei o seu porto seguro.

Mas, se a soberania deva ser exercida pelo povo, de onde vem a ideologia do Judiciário como superego da Sociedade? Segundo a autora, para explicá-lo, se além na formação histórica do exercício do monopólio do poder estatal e do ideário construído de que seria o Judiciário a instituição pública capaz de controlar o processo legislativo a *posteriori*. Aqui, se visualiza o Judiciário como exercente legítimo do poder reformador do Direito. Assim, historicamente o Judiciário engendrou um construto ideário e ideológico de que ele – o Judiciário – restaria no poder legítimo de controle do sistema jurídico positivado, ora representado pela legítima função de controle de constitucionalidade das leis produzidas pelo Estado -.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Perceptível que a construção de uma ideologia de dominação terminou por transformar o Judiciário em um superpoder, capaz até mesmo de impor comportamentos e anular atos dos demais poderes, além de concentrar em si a dominação da sociedade, pelo discurso retórico. A legitimidade querida – e até certo ponto atingida – pelo judiciário é considerada a legitimação a *posteriori*. Em um primeiro momento, a sociedade exerce a sua participação democrática e, através da representação legislativa, escolhe as normas e criam as leis que ela mesma deve se submeter, na chamada teoria

hipotética da norma. Nesse ponto, a democracia – ou o Estado democrático de Direito – se estabelece por vontade popular, que elege os seus representantes, pelo voto. Assim, claro que o legislativo e o executivo exercem o poder de forma legítima, e *a priori*.

Em um segundo momento, o Judiciário pode ser reivindicado a exercer o seu poder, cuja legitimidade restaria estampada na aplicação da norma derivada dos valores já determinados pelo povo. Mas, com o construto da hermenêutica da norma, cujo escopo seria ajustar a regra – ora hipotética- ao fato a ser julgado, o Judiciário se impôs como o poder acima dos demais, um superpoder, cuja ideologia se pauta na criação da conscientização – por indução - da população de que as sentenças judiciais são moralmente justas, emanados de juristas cultos e com boa formação moral.

Nesse ponto, ao interpretar a norma, o Judiciário estaria exercendo também o poder criativo do Direito. Contudo, há entendimentos modernos que legitimam o Judiciário no poder de julgar até mesmo contra a lei posta. Nessa seara, o Judiciário incorreria de um mero criador do direito aplicável ao fato concreto, para legislador de regras e normas aplicáveis a fatos hipotéticos. Com a criação de um sistema universalizado do Direito, eis que o Judiciário encontra novos desafios e barreiras no exercício dessa condição de superego da sociedade.

Portanto, a legitimidade do Judiciário encontra base em um discurso retórico, alienador e capaz de conduzi-lo a condição de poder estatal desarmônico com os demais, por sobreposição aos demais poderes, cujo exercício poderia até ser aceito pela sociedade como moralmente legítimo, mas dissonante com o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFIAS.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In Revista da OAB Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

Acesso em 01.02.2014.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Trad. Fernando Thomás. 14 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2010.

BRITO, Carlos Ayres de. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRUZ, Flávio Antônio da. **Algumas provocações sobre hermenêutica constitucional**. In: CLÉVE, Clémerson Mérlim (coord.). **Constituição, democracia e justiça. Aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Claudia Berlier; Ver. De Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

GRAU, Eros. **O Direito posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros; 1998.

KÜHN, Vagner Felipe e IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **A legitimidade do poder jurisdicional sob a perspectiva de Juergen Habermas**. <http://www.unicesumar.edu.br/pesquisa/periodicos/index>. Acesso em 04.01.2014.

LACERDA, Bruno Amaro. **Clarice Linspector e o perdão: incidências e coincidências**. In: LACERDA, Bruno Amaro e LOPES, Monica Sette. **Imagens da Justiça**. São Paulo: LTr, 2010.

LOPES, Monica Sette. **Personificações da justiça**. In: LACERDA, Bruno Amaro e LOPES, Monica Sette. **Imagens da Justiça**. São Paulo: LTr, 2010.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário na Democracia Brasileira: O restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e do positivismo ético na teoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. In Novos Estudos. n 58. São Paulo: CEBRAP, 2000.

NEVES, Marcelo. **Transaconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SOUZA, Rubens Hess Martins de. **Discurso decisório e Democracia: Uma perspectiva retórica**. CLEVE, Clémerson Merlin (coord.). **Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo Saraiva, 2012.

TELLO, Diana Carolina Valencia. **A relatividade da justiça e a importância do debate no interior dos estados constitucionais democráticos**. In: Coord. CLEVE, Clémerson Mérlim (coord.). **Constituição, democracia e justiça; aportes para um constitucionalismo igualitário**. Belo Horizonte: FORUM, 2011.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Controle jurisdicional do processo de cassação de mandato parlamentar por falta de decoro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 864, 14 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7596>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2014.