

As transformações ocorridas no Poder Judiciário nos 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988 com enfoque na análise das decisões dos Tribunais Superiores, em específico o caso do Registro de Candidatura nº 11.532

Lílian Maciel Santos

Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG);
Pós-Graduada em Processo Civil pela Universidade Gama Filho,
no Rio de Janeiro (UGF); Juíza de Direito da 2ª Vara da
Fazenda Pública Estadual e Autarquias de Belo Horizonte.

I Introdução

Este trabalho tem por objetivo primeiro trazer à reflexão o papel que vem assumindo o Poder Judiciário em nosso país ao longo dos 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

Num segundo momento, propusemo-nos a contextualizar o atual cenário vivenciado pelo Poder Judiciário, em que é chamado a decidir em todas as questões, com enfoque na análise de um caso em

específico, referente ao Registro de Candidatura nº 11.532, julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

A partir desse caso, observaremos os argumentos trazidos ao debate jurídico para chegarmos à conclusão de que — longe de serem uma solução — trazem à tona o tormentoso fenômeno de *judicialização* da política e das relações sociais introduzidas para o campo do Direito e para as decisões emanadas do Poder Judiciário, em particular, da Corte Máxima e dos Tribunais Superiores.

Verificaremos como é difícil a missão de julgar ante a dualidade existente entre interpretar com ou sem enfoque na realidade social e até que ponto a escolha pode prejudicar o sistema jurídico.

2 Começando do começo

Ingressei na Universidade Federal de Juiz de Fora, no curso de Direito, precisamente no ano de 1988, deparando-me, já no primeiro período, com a disciplina de Direito Constitucional.

Tudo novo para nós alunos, assim como para os professores. Afinal, situando o contexto histórico, estávamos saindo de um período de ditadura, em que, até então, vigia a Constituição de 1967, que foi largamente emendada em 1969, marcada por restrições aos direitos e garantias individuais, próprios do regime político então vigente.

Assim, o que estava por vir através da denominada Constituição Cidadã era algo que jamais o cidadão brasileiro havia experimentado, considerando que, na história de nosso país, vivemos períodos alternados de restrição de direitos, o que não foi exclusivo da época em que se deu a revolução de 1964.

Nesse contexto, o que esperar desse novo ordenamento constitucional que abria suas portas logo no seu artigo primeiro estabelecendo que a República Federativa do Brasil constituía-se em um “Estado Democrático de Direito” e que tinha como fundamentos, dentre

outros, a “dignidade da pessoa humana”, e tendo como um dos objetivos promover uma “sociedade livre, justa e solidária”, era ainda uma grande incógnita.

Iniciados os estudos sobre essa nova Constituição, recorde-me de ter adquirido, logo de plano, a obra clássica de José Afonso Silva e, debruçando-me sobre conceitos e institutos da nova Carta, chamavam-me a atenção, em particular, as denominadas “normas programáticas”, que, à época, eram conceituadas pelo referido autor como sendo:

Aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2003, p. 34-35).

Àquela época, pensava-se nesse tipo de norma como “normas-fim” ou “normas-tarefa”. Assim é que a interpretação que se dava, naquele momento inicial, era a de que referidas regras encerravam uma conotação de categorias de normas de “simples programas” ou, até mesmo, de “promessas”, desprovidas de obrigatoriedade e incapazes de vincular o legislador ou os órgãos estatais na consecução de seus objetivos.

Isso significa que as normas-fim, na realidade, não possuíam efetividade e obrigatoriedade, revestindo-se apenas de meros programas legislativos ou propostas de sugestões que poderiam ou não ser efetivadas pelo Estado. O Poder Judiciário, naquele momento, contentava-se em observar, numa posição de mero expectador, sem nem de longe imaginar que poderia intervir numa seara de outro Poder da República. Nem vai aí uma crítica, afinal, o Poder Judiciário não tinha consciência da dimensão axiológica da proposta do artigo primeiro da

Constituição Federal e, tampouco, da possibilidade de tornar-se o protagonista, suprimindo a omissão dos outros Poderes.

E o tempo passou... E fomos maturando esses conceitos. Muitos iniciantes no estudo do Direito de hoje não têm a mínima percepção do que foi essa evolução ao longo desses 30 anos da Constituição de 1988, justamente porque já se inseriram num contexto de ápice do fenômeno da jurisdição constitucional, em que a participação do Poder Judiciário é ativa e capilar, atuando em todos os ramos do Direito, modificando inclusive a forma de interpretar a Constituição.

É, precisamente, nesse ponto, que verificamos a evolução do Poder Judiciário. Houve uma fundamental mudança de papéis, de expectador passou a ator. Acresce-se a esse fato a clara existência de um protagonista principal e de maior relevo que é o Supremo Tribunal Federal, ao qual passamos a voltar nossa atenção, ante sua atuação fundada na proteção dos direitos e garantias esculpidos na Constituição Republicana.

Naquele momento dos idos de 1988, o Poder Judiciário estava impregnado do positivismo jurídico, e existia uma tentativa de purificar o direito da valoração do intérprete.

O Positivismo Jurídico considera o direito como um juízo de fato, em que há a ponderação sobre algo real que representa uma tomada de conhecimento da realidade e tem como finalidade informar, pois se trata de uma constatação objetiva, e não um juízo de valor, que tende a ser subjetivo, pois os valores são pessoais e têm como finalidade persuadir.

A definição de valores, como o belo, o bom, o justo, difere de pessoa para pessoa, pois representa uma tomada de decisão frente à realidade, e, justamente por isso, o positivismo passa ao largo dessas questões referentes ao juízo de valor, desconsiderando como tal o Direito Natural, a evolução social e a compatibilidade da norma com os anseios sociais.

Esse era, portanto, o contexto da época, que foi evoluindo ante a constatação da impossibilidade de separar o Direito da valoração dos fatos. Afinal, o Direito é fruto dos resultados da sua aplicação a partir da interpretação que dele se faz. Exatamente por isso, chegou-se à conceituação do “direito artificial”, no sentido de que o Direito “é produto do homem e da mente humana, controlável pelo homem que é, portanto, responsável pelos resultados que obtém de sua aplicação”, na lição de Hobbes, segundo Zaneti Júnior e Pereira:

[...] Afinal, o direito é artificial e todas as leis escritas, ou não, precisam de interpretação do homem. E mais, o homem, na sua condição de ser humano, é dotado de subjetividade e ignorá-la não fará com que a valoração do intérprete desapareça. A carga valorativa contida em toda e qualquer interpretação é ineliminável, mas controlável com o auxílio da hermenêutica e da analítica (HOBBS *apud* ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016, p. 24).

Então, com a abertura oferecida pela Constituição Republicana de 1988, recheada por conceitos abertos, passou a existir um campo fértil para que o Poder Judiciário abandonasse a visão descritiva sob a ótica externa do Direito, para assumir uma dimensão de compreensão do Direito sob uma ótica interna, como passo necessário para se definir a validade da própria norma a ser aplicada.

Como bem destaca Bustamante, citando Hart:

A teoria jurídica de Hart, ao atrair a atenção para o denominado ‘ponto de vista interno’, contém o germe para a destruição do ontologismo essencialista que caracteriza as teses filosóficas do positivismo descritivo, já que este ponto de vista (interno) reclama uma abordagem hermenêutica do filósofo do direito (HART *apud* BUSTAMANTE, 2015, p. 307-327).

Com essa abertura, vivenciamos, a partir da década de 90, um momento de protagonismo judicial intenso. Um Poder Judiciário cada

vez mais proativo, inclusive com inserções no campo das políticas públicas, não nos olvidando da devida distinção entre judicialização e ativismo judicial, esse último pernicioso, pois revela a denominada *ditadura da toga*.

Nesse contexto histórico, o Poder Judiciário tem o papel de compreender a norma, e esse resultado é que, baseado num discurso jurídico motivado e longe de singelos argumentos de autoridade, cria o verdadeiro Direito, para a pacificação das relações sociais.

Passamos ao largo, portanto, de conceber a função do julgador como mero aplicador da lei, o que fez relembrar François Rabelais, que criou a figura do *Juiz Bridoye*, que sentenciava, nos processos, pela sorte nos dados, ao fundamento de que os modernos gostam da brevidade, e assim escreve, com astúcia:

[...] Notam que a sorte é muito boa, honesta, útil e necessária à solução do processo e dissensões, em seus aspectos essenciais: ‘Faço como vós, senhores, como é uso na judicatura, ao qual o nosso direito manda sempre sujeitar-nos [...]. Tendo bem visto, revisto, lido, relido, passado e folheado as queixas, adiamentos, comparações, comissões, informações, antecipações, produções, alegações, contestações, réplicas, trélicas, pareceres, despachos, interlocuções, retificações, certidões, protelações, escrituras, agravos, ressalvas, ratificações, confrontações, aca-reações, libelos, apostilas, cartas reais, compulsórias, declinatórias, antecipatórias, evocações, remessas, contra-remessas, baixas, confissões, suspensões, prosseguimentos, e outros incidentes, provocados por uma ou outra parte [...], coloco na extremidade do gabinete toda a papelada do réu e tiro-lhe a sorte [...]. Isso feito, coloco a papelada do autor [...] na outra extremidade da mesa [...]. E então uso os meus dadinhos [...]. Tenho outros dados bem bonitos e harmoniosos, os quais uso, [...] quando a matéria é mais clara, quer dizer: quando a papelada é menor (RABELAIS, p. 578).

Longe desse tipo de julgador, o Poder Judiciário tomou lugar de destaque no cenário do país e o ato de sentenciar passou a ser visto como um ato político de vontade.

O Direito não é a norma. Da mesma forma, as normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Os dispositivos constituem-se no objeto da interpretação, e as normas, no seu resultado (ÁVILA, 2003, p. 22).

A função do jurista não é, portanto, a mera descrição de um significado previamente dado, mas um ato de decisão que constitui a significação e o sentido de um texto, nas palavras de Humberto Ávila (2003).

3 Como separar o joio do trigo — o que é de Direito e o que é dos outros campos da ciência na busca da melhor forma de decidir

Chegamos então à tormentosa questão desse breve ensaio: como o Poder Judiciário vem se comportando ao longo desses 30 anos, à luz dessa hipertrofia de suas funções constitucionais, em que tem a possibilidade de criar a norma, à luz da significação que atribuir?

É essa a indagação feita por Dworkin, sobre a possibilidade ou não de os juízes decidirem casos, valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejarium, mas aquela tomada sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos e devem ser levados em conta (DWORKIN, 2000).

O debate apresenta uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões, que, segundo o mesmo autor, se dividem em argumen-

tos de princípios políticos e argumentos de procedimento político. Importante, portanto, estabelecer a distinção. Os primeiros — argumentos de princípios políticos — recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais; os segundos — os argumentos de procedimentos políticos — exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público.

Dworkin observa que nem mesmo nos Estados Unidos, onde o sistema jurídico é calcado no costume, os *argumentos de procedimento político* devem prevalecer, pois não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre qual política pública deve ser adotada (DWORKIN, 2000). Isso porque as opções políticas relacionadas ao bem-estar geral — ou o que Habermas chamou de *poder de disciplinar relações futuras* — não podem ser tomadas por quem não tem legitimidade para tanto, como é o caso do Poder Judiciário (HABERMAS, 1997).

Dessa forma, os argumentos de procedimento político exigem que uma decisão promova algum objetivo coletivo, ou alguma concepção de bem-estar geral, enquanto os argumentos de princípio político justificam decisões a partir do respeito a um direito político de um cidadão individual. Assim, enquanto o legislador pode decidir com base em argumentos de princípio político e em argumentos de procedimento político, o julgador, diante de um caso controverso, pode e deve decidir com base em argumentos de princípio político, mas nunca invocando argumentos de procedimento político (DWORKIN, 2002).

O argumento de princípio não se estabelece a partir de um balanceamento de interesses contrapostos, de uma tentativa de distribuição de recursos para a comunidade, nem na vontade da maioria. O argumento de princípio estabelece-se tão somente a partir da consideração do indivíduo, como sujeito moral.

Como sabido, esse modelo está sujeito a críticas, pois o método hermenêutico torna o sistema fechado e, muitas vezes, inoperável,

considerando que sempre analisa a questão sob a ótica das regras e princípios, desprezando as interações sociais e inovadoras.

Habermas, ao contrário, apresenta uma sugestão procedimentalista de atuação das cortes constitucionais, de sorte que o entendimento resulta de um ambiente discursivo, do qual sobressairá o melhor argumento. O autor assevera que a tensão entre facticidade e validade, entre a positividade do direito e a legitimidade pretendida não pode ser menosprezada nem ignorada. Ressalta que os argumentos favoráveis à legitimação do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal e também com os princípios éticos de uma conduta de vida autorresponsável, projetada conscientemente (HABERMAS, 1997).

Para o filósofo, direitos humanos e princípio da soberania formam as ideias sobre as quais ainda é possível justificar o direito moderno. Assim, será através do discurso que se pode formar uma vontade racional, e a legitimação do Direito reside, portanto, em arranjos comunicativos. Desconsiderar ou omitir o debate sobre questões de interesse público torna-se um risco para a concretização da justiça. A ação comunicativa pressupõe o diálogo, a crítica e o contraste das ideias, do qual se chegará a um resultado entre os interlocutores.

Assim, a denominada “teoria do discurso” atribui ao próprio procedimento a formação democrática da opinião e a força geradora de legitimidade, que se desenvolve através da troca e revisão dos argumentos. Nesse contexto, essa racionalidade não é exclusiva do Poder Legislativo, mas deve perpassar também pelo Judiciário. Desse modo, o julgador não detém o monopólio de dizer o direito, no sentido de não buscar um discurso legítimo e democrático com a sociedade.

Nesse sentido, Francco afirma:

O modelo de decisão judicial atual é um padrão universal de uma tradição rígida. Contestá-lo soa como sacrilégio. Ora, se o mundo é realmente desconhecido e em constante mudança, é

duvidosa a efetividade de um modelo que delega poderes a poucas pessoas sem o devido controle da coletividade. Portanto, faz-se necessário o controle dos atos judiciais pela sociedade, conforme defendem Michelman e Habermas, já que o uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Há que se entender também que os juízes, ainda que não representantes do povo, tal como os membros do Poder Executivo e principalmente do Legislativo, ao emitirem decisões, devem emanar a vontade do povo, por meio da legitimação constitucional (FRANCCO, 2013, p. 13).

Certo é que, diante de todo esse cenário, vivenciamos o Poder Judiciário ao longo desses 30 anos da Constituição Federal, buscando uma definição de seu papel, em que várias decisões da Excelsa Corte buscam nos teóricos mencionados a legitimidade de suas decisões.

Com isso, fica difícil responder à pergunta inicial de como separar o joio do trigo: o julgador deve buscar uma hermenêutica fundada na análise de regras e princípios à luz de nossa Constituição, ou pode e deve buscar uma solução a partir de um discurso argumentativo e dialogado com outras fontes externas? O que torna a decisão mais legítima? Qual feição o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado adotar?

Assim, o que vivenciamos é um momento em que não é possível afirmar a existência de uma solução correta. Podemos nos deparar com várias alternativas, todas elas igualmente legítimas, a serem aplicadas ao caso concreto. Por conta disso, em grau maior ou menor, toda decisão implica o exercício do poder discricionário por parte do juiz.

Contudo, esse poder discricionário é controlável através da motivação. Ou seja, somente poderemos cogitar a legitimidade das decisões que estiverem calcadas em um discurso jurídico justificativo.

Acrescido a esse discurso argumentativo, ainda temos outro ingrediente que é o diálogo com a sociedade. Observa-se, nesse atual

momento de grande maturidade da Constituição de 1988 e de nossa sociedade e de uma hipertrofia do Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, que a grande polêmica reside em mensurar até que ponto a discricionariedade do Poder Judiciário, mesmo que fundada no discurso jurídico, deve ou não conceder um “espaço público”, no qual todos os interessados possam participar para o aprimoramento do sistema jurídico.

Essa ressignificação do discurso jurídico que tenha mais legitimidade na sociedade (repercussão social) seria o modelo a ser objetivado pelo Poder Judiciário?

Como ensina Cattoni de Oliveira:

O Direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa ‘vontade geral’ republicana, mas com a institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 142).

Estabelecidas tais balizas e voltando ao cenário atual da atuação do Poder Judiciário, temos exatamente o ponto fulcral das discussões em torno das decisões dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de elas levarem em conta aspectos políticos, éticos, morais ou econômicos, pulsantes, num contexto histórico e social do momento, e qual a dimensão e correta extensão a serem dadas.

Para tanto, propomo-nos a estudar o caso referente ao recente julgamento ocorrido no Registro de Candidatura nº 11.532, de relatoria do Min. Luiz Roberto Barroso no Tribunal Superior Eleitoral, ocasião em que foi julgada procedente a impugnação ao registro da candidatura ao cargo de Presidente da República do postulante.

4 Um *hard case* em razão da tese jurídica ou por força do clamor da sociedade?

A questão do RC nº 11.532 no TSE envolveu a possibilidade ou não da incidência de causa expressa de inelegibilidade de candidato ao cargo máximo do Poder Executivo em nosso país para as eleições de 2018.

Fazendo um breve retrospecto sobre a matéria envolvendo a batizada Lei da Ficha Limpa, houve uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 29, que tratava da constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10, que introduziu a possibilidade da inelegibilidade a partir da condenação colegiada, ainda que não definitiva, dentre outras questões.

Naquela ocasião, o i. Relator Min. Luiz Fux fez uma contextualização da necessidade de se atentar para a legitimidade das decisões, no que toca ao aspecto de sua repercussão social. Ao tratar do princípio da presunção da inocência, o Relator estabeleceu que a referida presunção não deveria se estender para além do âmbito penal e processual penal, fundamentando essa afirmativa na possibilidade de *overuling* de um precedente, que pode advir da “obsolescência decorrente de mutações sociais”.

Assim, na medida em que a sociedade amadureceu, assim também devem as instituições acompanhar esse desenvolvimento, de sorte que considerar a presunção de inocência como um dogma que tenha capilaridade para todos os demais ramos do Direito não seria uma situação sustentável. Na lição de Patrícia Perrone Campos Mello sobre a importância de uma harmonia entre o Direito e a vida real:

[...] a incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação

de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender aos anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas alvitará o sentimento de segurança do cidadão comum. Este será surpreendido sempre que não houver uma convergência plausível entre determinada solução e aquilo que seu bom senso e seus padrões morais indicam como justo, correto, ou, ao menos, aceitável, à luz de determinados argumentos, porque são tais elementos que ele utiliza, de boa-fé, na decisão sobre suas condutas. Para o leigo, a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real. Em virtude disso, embora, para os operadores do Direito, justiça e segurança jurídica possam constituir valores em tensão, para os jurisdicionados, em geral, devem ser minimamente convergentes (MELLO, 2015, p. 49-50).

Dessa forma, podemos extrair que princípios, regras, presunções são variáveis dentro de um contexto histórico e, justamente por conta disso, não se cristalizam nem se eternizam. A evolução da sociedade traz à baila a necessidade de o Poder Judiciário estar atento. O eventual descontentamento de grupos da sociedade leva a Excelsa Corte a ter um protagonismo político que acaba sendo inexorável. Esse papel não se confunde com ativismo judicial, mas sim com a realização da Constituição como norma efetiva.

Percebe-se que a atuação do Poder Judiciário é a de velar pelo respeito e pela concretização da Lei Maior, atento a que a liberdade política de conformação dos órgãos de soberania é normativizada e limitada pelo texto constitucional. Nas palavras de Ruy Barbosa, “quem dá às constituições realidade não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as registra: é a magistratura que as defende” (BARBOSA, 1960).

É com essa realidade social, política e econômica que devem as decisões judiciais dialogar, sempre se apoiando no substrato normati-

vo-constitucional. A atividade política, manifestando-se, quer por atos executivos, quer legislativos, torna-se controlável pelos órgãos jurisdicionais, máxime pelos tribunais constitucionais. É nesse universo relativo à defesa da Constituição que se coloca com maior acuidade a questão jurídica e da democracia participativa. Já que superamos a era do positivismo jurídico, torna-se inconcebível, nessa linha de raciocínio, que as decisões da Excelsa Corte não busquem ao menos dialogar com a realidade da sociedade.

Volvendo à questão da presunção de inocência, no contexto histórico do momento da promulgação da Carta Magna de 1988, saindo de um período de restrição dos direitos e garantias individuais, era normal, previsível e desejável que se hipertrofiassem as tutelas referentes à liberdade do cidadão. Nessa toada, o cerceamento da liberdade somente deveria ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, quando houvesse a certeza jurídica.

Contudo, passaram-se 30 anos. A nova realidade é uma sociedade agastada com uma interpretação exacerbada e romântica da presunção de inocência que, inclusive, se infiltra em outras searas do Direito. À guisa de exemplificação, nas investigações sociais de candidatos em concurso público, é invocada a presunção de inocência, olvidando-se que a idoneidade moral não se confunde com aquele instituto.

Enfim, firmamos a consciência do que deve ser a Democracia e o próprio Estado de Direito. Justamente por conta disso e na esteira do entendimento da ADC 29, é que o conceito de presunção de inocência poderia e deveria se amoldar à nova realidade vivenciada pela sociedade. Foi esse o *overuling* proposto e o aspecto político da decisão da Excelsa Corte, fundada em um interesse coletivo. Constatou-se a atual necessidade de relativizar uma presunção que foi — por um longo período — tida por absoluta, ante a uma necessidade existente no contexto histórico de 30 anos atrás.

Essa nova postura de um discurso jurídico dialogado encontra justificativas, portanto, plenamente razoáveis e legítimas. Nas palavras do Konrad Hesse:

[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa. Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral (HESSE, 1998, p. 20).

John Hart Ely propõe uma concepção procedimental de democracia, segundo a qual o Judiciário está legitimado para defender a representação dos cidadãos por meio de uma interpretação da Constituição que assegure as condições de desenvolvimento do jogo democrático. Assim, a questão central consiste no fato de que “um corpo que não é eleito ou, de outra forma, politicamente responsável, ou em qualquer outra forma, estará dizendo aos representantes eleitos pela população que eles não podem governar como gostariam” (ELY, 1995, p. 5).

Por isso há que estar alerta, uma vez que, como adverte Elival da Silva Ramos, na distinção entre questões políticas e jurídicas, nem sempre é possível conseguir verificar a diferença ontológica entre o ativismo judicial e a correta prestação jurisdicional (RAMOS, 2015).

Essa questão nos remete à indagação se o juiz, no caso, a nossa Corte Constitucional, poderia decidir casos utilizando fundamentos políticos, sob o amparo de que “certos princípios de moralidade política são corretos”, na denominação dada por Dworkin (2000, p. 3).

Exatamente por isso, o STF pode se deparar com uma situação tormentosa, na medida em que, por um lado, devem-se proteger os di-

reitos fundamentais e o regime democrático, e, do outro, há um clamor da sociedade exigindo uma postura oposta. Ou seja, a Corte Constitucional deve estar atenta à divergência e à contestação que exsurge do contexto social quanto às suas decisões.

Essa questão é denominada, no direito norte-americano, de *backlash*, que se iniciou a partir do caso *Furman v. Georgia*, em 1972, ocasião em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por 5 a 4, que a pena de morte seria incompatível com a oitava emenda da constituição daquele país, que proíbe a adoção de penas cruéis e incomuns. A sociedade não reconheceu a legitimidade dessa decisão, na medida em que, a partir de então, houve o fortalecimento dos conservadores, que saíram vitoriosos nas eleições, passando a ocupar vários cargos nos poderes executivo e legislativo, trazendo, na bagagem, a necessidade de endurecimento da legislação penal. A partir desse novo cenário, foram aprovadas leis penais ainda mais rigorosas, inclusive ampliando a pena de morte.

Com isso, em 1976, houve a reavaliação, pela corte norte-americana, da decisão proferida em *Furman v. Georgia*, que passou a entender que, observadas algumas condições, a adoção da pena de morte seria compatível com a oitava emenda da constituição, permitindo que os estados federados continuassem a prever a pena capital para os crimes mais graves.

Essa situação exemplifica como o efeito *backlash* pode ser pernicioso, pois, na lição de George Marmelstein Lima, “[...] é uma espécie do efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo” (LIMA, 2015).

Nessa perspectiva, condensa o referido autor as consequências do *backlash* no Direito:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1)
Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário pro-

fere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão (LIMA, 2015).

Voltando ao caso do nosso ordenamento, o que se verificou é que, na fundamentação feita pelo i. Relator da ADC em comento, o Supremo Tribunal Federal não desconsiderou o sentimento existente na sociedade a respeito do tema relativo à presunção de inocência. Houve uma atenção voltada ao contexto social sobre o qual a decisão incidiria, buscando uma solução motivada e dialogada e que teve contornos de argumentos de política.

Como já visto, na esteira de doutrinadores já citados, como Dworkin, teria havido uma incorreção na decisão da Excelsa Corte, na medida em que uma resposta adequada não deveria levar em conta argumentos de procedimento político. Dessa forma, como os argumentos de procedimento político exigem que uma decisão promova algum objetivo coletivo, ou alguma concepção de bem-estar geral, e que essa

função é do Legislativo, o Poder Judiciário não deveria motivar com base nesse tipo de argumento.

Não é de se concluir que a decisão tenha contornos do denominado realismo jurídico, que afirma que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é. O que se verificou foi que os debates foram realizados no âmbito da comunidade dos intérpretes da Constituição. A decisão veio de um ambiente discursivo e dialogado com a sociedade, chegando-se à conclusão jurídica de qual seria a melhor solução para aquele momento, dentro do contexto histórico vivenciado. Não é de se classificar como ousado um posicionamento que afirmasse que, ao longo dos 30 anos de nossa Constituição Republicana de 1988, o Supremo Tribunal Federal deixou de atuar como um órgão judicial, para ser um órgão político-jurisdicional, em que não mais é possível separar “o joio do trigo”.

A concepção científica da “Política” consiste no conjunto de conhecimentos sistematizados concernentes à forma de organização e de governo das comunidades humanas, seja de períodos passados, seja no contexto atual, assim como se refere às suas instituições e às inúmeras doutrinas políticas que se encontram nas diversas estruturas sociais. Assim, nesse contexto, a Excelsa Corte não exerce somente uma função jurisdicional de dizer o Direito com base em regras e princípios, já que está inserida numa estrutura institucional que tem um papel perante a sociedade e o Estado Democrático de Direito. Assim, o objetivo do direito e da política é a promoção de uma melhor conformação dos indivíduos na sociedade em que vivem. Tanto o direito como a política estão voltados para a organização dos indivíduos na sociedade e a sua adequação à vivência social. Por tudo isso que o papel da Corte Constitucional é impregnado desses dois matizes.

Por óbvio, não estamos fazendo a apologia de que a Excelsa Corte deva decidir de acordo com a maioria, ou que sempre deva ser

a guardiã das minorias desfavorecidas. Contudo, não há como ignorar que muitos pressupostos teóricos já estão superados há muito tempo dentro do contexto histórico vivenciado ao longo desses 30 anos.

Não há como aprisionar a interpretação, assim como não é de se autorizar argumentos pragmáticos, condicionando o discurso jurídico a apenas aspectos morais, ético-políticos. Contudo, a legitimidade do Poder Judiciário repousa em dialogar com todas essas esferas, buscando a solução de consenso plural razoável.

Sobre esse pluralismo razoável, a lição de Roberto Gargarella, em estudo sobre a teoria de John Rawls, pretende nos chamar a atenção para a circunstância de que

[...] ‘as sociedades modernas não se caracterizam meramente pelo fato de um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, mas sim por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si, mas, mesmo assim, razoáveis’. Com essa afirmação, Rawls quer dar conta do fato de que nós, as pessoas, muitas vezes, divergimos de modo radical em relação a nossas convicções mais básicas, mas fazemos isso, no entanto, a partir de nossa adesão a concepções ‘razoáveis’ (e não necessariamente, por exemplo, a partir de nosso dogmatismo, ou a partir de uma estrita irracionalidade que nos impede de reconhecer certos dados incontestáveis da realidade). O ‘fato do pluralismo razoável’ não constitui um mero fato histórico, capaz de perder significado de um dia para outro. Ele aparece, antes, como ‘um traço permanente da cultura política da democracia’, um fato com o qual devemos contar, e que é derivado dos limites naturais do conhecimento humano (GARGARELLA, 2008, p. 228).

Exatamente por conta disso, o Supremo Tribunal Federal, deparando-se com a constatação de que as sociedades modernas se distinguem pela presença de um “pluralismo razoável” de concepções do bem, nesse contexto, poderá construir uma concepção de justiça compartilhada e que funcione.

Assim, no denominado “consenso sobreposto” citado por Roberto Gargarella, destinado a tornar possível que concepções abrangentes razoáveis e opostas convirjam em certos acordos básicos,

o consenso sobreposto aparece como a única forma de permitir que, em um contexto ‘pluralista’, cada indivíduo chegue a aderir à concepção pública da justiça: esse consenso só pode ser alcançado uma vez que a concepção pública em questão apareça como razoável, ou mesmo como verdadeira, aos olhos de todos (GARGARELLA, 2008, p. 231).

Qual a análise a ser feita no caso do Registro de Candidatura nº 11.532 no TSE diante das abordagens anteriores, levando em conta a tese firmada sobre a presunção de inocência pelo STF?

Houve, naquele julgamento perante o TSE, um ponto de destaque para o presente ensaio, no que se refere à natureza jurídica da recomendação do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

Foi relatado que o candidato formalizou uma representação individual perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU, objetivando sua candidatura ao cargo de presidente e que, diante da proximidade do pleito eleitoral e a indefinição da sua situação jurídica, requeria àquele órgão internacional uma tutela de urgência que foi deferida. Os seguintes pontos relevantes a esse estudo foram trazidos à discussão quando da análise dos efeitos vinculantes do ato emanado pelo Comitê: i) o protocolo facultativo ao pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi ratificado na ordem internacional e aprovado, por meio de decreto legislativo na ordem interna, sendo irrelevante a ausência de publicação do decreto presidencial; ii) as medidas cautelares emitidas pelo Comitê são de cumprimento obrigatório por força do princípio do *pacta sunt servanda* e da obrigação dos Estados em agir de boa-fé no âmbito internacional; iii) o *status* supralegal do Pacto Inter-

nacional de Direitos Civis e Políticos afasta a negativa de eficácia da decisão do Comitê da ONU diante de uma suposta incompatibilidade da Lei Complementar nº 64/90 com as alterações introduzidas pela LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

O Relator Min. Luís Roberto Barroso assinalou, em seu voto, que o Comitê de Direitos da ONU é órgão administrativo sem competência jurisdicional e que, por conta disso, suas recomendações não teriam efeito vinculante. Ressaltou ainda que o primeiro protocolo facultativo que prevê a possibilidade de o Comitê de Direitos Humanos da ONU receber comunicações não foi incorporado na ordem interna brasileira, pois, embora tenha sido ratificado e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 311/2009, não houve a promulgação e publicação por meio de Decreto Presidencial.

Invocou o i. Relator, no tocante ao afastamento do efeito vinculante do Comitê, a doutrina da “margem de apreciação estatal”, em que aos Estados deve-se atribuir certa margem de apreciação na concretização das medidas que interfiram sobre sua ordem interna, ao se deparar com a alegação de que uma medida estatal está violando tratado internacional. Nesse raciocínio, menciona que “[...] os tribunais internos devem estar atentos não apenas à Constituição, manifestação mais plena da soberania popular, mas também às suas especificidades culturais e às inclinações da vontade política do seu povo, que compo- nam a cultura constitucional local”.

Nesse ponto, vislumbra que o ponto da argumentação do Min. Luís Roberto Barroso encontra assento na abordagem feita anteriormente sobre a atenção que os Tribunais Superiores devem ter quanto à divergência e à contestação que exsurge do contexto social quanto às suas decisões. Exatamente nisso repousam o “pluralismo razoável” e o “consenso sobreposto”, que foram a tônica da decisão. Assim, entendeu que a medida cautelar, na parte em que determina que o requerente não seja impedido de concorrer nas eleições, até o julgamen-

to de todos os recursos pendentes da condenação criminal, não pode produzir efeitos em nossa ordem jurídica interna, porque não revela o denominado consenso sobreposto. Na busca do pluralismo razoável, prevaleceu o entendimento de que a decisão do Comitê da ONU conflita com a LC nº 135/2010, que foi declarada constitucional pelo STF e que, por isso, não atende às particularidades culturais e à vontade política popular interna.

Assim, a partir da premissa feita no julgamento da ADC nº 29, em que foi possível a flexibilização da presunção de inocência, há de se reconhecer uma margem de apreciação estatal, diante da impossibilidade de a Corte Eleitoral afastar a aplicação da legislação interna vigente, fruto da expressão da soberania popular e “alinhada às exigências constitucionais de moralidade e probidade para o exercício de cargos eletivos”, como pontuou o Relator do caso.

Não restam dúvidas de que houve uma tensão entre proteger os direitos fundamentais e o regime democrático e, de outro lado, o clamor da sociedade exigindo uma postura oposta à manutenção da presunção de inocência para todas as esferas, além da extrapenal.

Inclusive, o i. Relator fez uma análise da repercussão social e política que o acolhimento da pretensão do Comitê poderia gerar, quando afirma:

O não cumprimento da recomendação proferida resta plenamente justificado diante do abalo institucional que poderia gerar. Afinal, a medida cautelar concedida interfere diretamente nas eleições do País, sem que haja qualquer pronunciamento do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre o mérito da comunicação individual levada à sua apreciação. O fato de o Comitê afirmar que sua decisão final sobre a existência ou não de violação ao art. 25 do PIDCP somente será proferida no próximo ano, quando as eleições brasileiras já terão se encerrado e o novo Presidente já terá tomado posse, cria o chamado *periculum in mora* inverso. Vale dizer: a orientação produziria uma situação

consumada, de difícil ou traumática reversão, o que constitui mais um fundamento para não lhe dar cumprimento.

Nítido, pela argumentação, que o Poder Judiciário é influenciado por uma variedade de fatores de direito e políticos. Direito e política estão relacionados. A decisão judicial é, portanto, uma “decisão política” sem qualquer cunho negativo a essa afirmativa. Deve a decisão emanada do voto do relator ser compreendida no contexto que remete à doutrina da responsabilidade política, o que não se confunde com uma decisão que se fundamente em argumentos de política. A decisão em comento teve sempre como pano de fundo e sustentação a normatividade jurídica, fundamentando-se no Direito.

Em contraposição a esse entendimento, houve o voto contrário e minoritário da lavra do Min. Edson Fachin, que concluiu que a medida provisória concedida pelo Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos teria garantido o direito ao requerente, mesmo estando preso, de se candidatar às eleições de cargo do Poder Executivo.

Em sua motivação, o i. Ministro faz a análise de que os recursos eleitorais, desde a edição da Lei nº 13.165/15, foram dotados de efeito suspensivo automático, de sorte que sentenças que resultassem em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo não seriam eficazes se pendente a análise de recurso. Com isso, um candidato diplomado pode exercer seu mandato até que eventual recurso com a expedição do diploma seja examinado pelo TSE. Da mesma forma, se houve o indeferimento do registro de uma candidatura, o candidato poderá praticar atos de campanha, já que ainda demanda a análise do recurso.

Assim, com a existência do Tratado que protege os direitos políticos dos cidadãos, enquanto não houver uma condenação definitiva, houve a tese trazida no voto, no sentido de que o tratado independe,

para sua eficácia no país signatário, do Decreto Presidencial e de sua respectiva publicação. Basta, para tanto, a existência do depósito do instrumento de ratificação que, no âmbito internacional, é o suficiente. O decreto presidencial seria, portanto, um ato para conhecimento interno de que o país tornou-se parte em um Tratado.

Nessa linha de raciocínio, mesmo não tendo, no caso em concreto, havido o decreto presidencial, esse ato seria prescindível, de sorte que o Tratado deveria ser observado.

No que concerne à possibilidade de vinculação ao que restou determinado pelo Comitê da ONU, pontuou o Min. Fachin:

Porque o Comitê deve garantir a efetividade dos direitos do Pacto, e particularmente do próprio sistema de comunicações individuais, deve-se reconhecer que há espaço no mandato que lhe foi outorgado pelo Pacto e por seu protocolo para determinar, como decorrência do próprio Tratado, que os Estados cumprem de boa-fé suas conclusões.

E, nessa toada, concluiu que o Estado não poderia retirar do indivíduo um direito que lhe foi assegurado, devendo ser garantida a efetividade dos direitos do Pacto.

Além do que, argumenta que os direitos decorrentes dos tratados integram os direitos atribuídos à pessoa humana, de sorte que tem tratamento supralegal, sendo defeso ao ordenamento infraconstitucional a ele se contrapor.

Outro aspecto importante da decisão minoritária foi o tratamento do caso, sob enfoque diverso do relator, buscando um afastamento do conteúdo político das decisões. Isso é verificado no seguinte trecho, *verbis*:

Logo, o Estado Brasileiro, por meio de ente integrante do Poder Judiciário, pode, sem dúvida, não seguir a decisão contida na medida provisória do Comitê; nada obstante, em tal caso, se

deve assumir que o Brasil deliberou descumprir regra vigente no Direito internacional e assumiu não cumprir norma válida e eficaz no direito interno. O que significa que não há aqui uma opção redutora da complexidade do problema, como se o debate somente encobrisse uma determinada candidatura. O nominalismo e suas razões são péssimos conselheiros ao julgador. Se o ordenamento há de ser mesmo, igual para todos, inexistente diante da norma escolhas apriorísticas que se agasalham fora da normatividade, ainda que sustentem o oposto. Portanto, posto que o requerente está inelegível, a partir da decisão do Comitê que aportou ao debate processual, não mais se trata de indagar *quem* está no objeto do julgamento, mas sim *do que* agora se trata no cerne da controvérsia (grifos no original).

Observa-se que a decisão objetivou um distanciamento da situação individualizada de quem estava tendo o registro de candidatura indeferido. Procurou uma análise, colmatando as regras existentes, com o tratado ratificado, em prol de uma solução técnico-jurídica, fundada num discurso argumentativo e bastante lógico pelo que se pode perceber.

Já o Min. Relator, ao asseverar que, no caso, não se deve afastar a aplicação da legislação interna vigente, fruto da expressão da soberania popular e “alinhada às exigências constitucionais de moralidade e probidade para o exercício de cargos eletivos”, está a transparecer que sua análise não é meramente de hermenêutica constitucional e que não está preso a uma estrutura de hierarquia de normas para a solução da questão.

Trata-se de uma postura pós-positivista, na medida em que justifica o i. Relator seu posicionamento a partir da necessidade de um olhar para a realidade social que nos circunda, diante do cenário político vivenciado por nosso país. Esse viés não deixa de transparecer certo pragmatismo ou consequencialismo, mas que nem por isso

deixa aflorar qualquer manifestação de cunho pessoal político ou um “voluntarismo salvacionista”.

Argumentos políticos foram apresentados; contudo, sem macular a decisão, pois está sustentada num discurso jurídico devidamente motivado. Há uma exigência de responsabilidade política do Poder Judiciário para que “os argumentos sejam republicaneamente desenvolvidos a partir do Direito e que os projetos teóricos sejam adequadamente incorporados, sob pena de se tornarem apenas álibis retóricos”, nas palavras de Lênio Streck (2003, p. 102).

De outro lado, o Ministro vencido é claro no sentido de não ir além do que o Direito reconhecidamente nos impõe. Assim, defende uma ideia de limites hermenêuticos aos textos legais, no caso, a Constituição Republicana e os tratados, com observância da hierarquia existente entre eles. Essa visão não pode ser criticada por nós, estudiosos do Direito, taxando-a de anacrônica e, em certo sentido, ilegítima aos olhos da sociedade. É que, se bem observarmos, autores como Kelsen aplaudem decisões cuja normatividade esteja descolada do real, ou como Dworkin, que critica o uso dos argumentos políticos na seara do Direito.

Feita essa verificação, a questão interessante a se refletir é que a decisão do i. Min. Fachin se mostra tão legítima quanto aquela proferida pelo Min. Luís Roberto Barroso. Diferentemente da decisão do Min. Relator, que claramente traz a necessidade de um diálogo com os interesses da sociedade para dar contornos de legitimidade à decisão, o Min. Fachin traçou linha oposta, de afastamento da questão referente à democratização do Judiciário, propondo uma análise fundada somente na hermenêutica jurídica.

Assim, partindo-se da premissa de que os tratados têm força supralegal e que estaria havendo um conflito com o ordenamento interno, aquele regramento é que deveria prevalecer, sem levar em conta contextos históricos e políticos do momento. E nisso não vai qualquer crítica ante a categorização feita, como se todo aquele que tenha uma

linha positivista ou de análise pura de confronto entre regras e princípios fosse avesso a mudanças.

Foram respostas judiciais divergentes, mas com metodologias interpretativas que, embora diferenciadas, são perfeitamente sustentáveis. E nisso reside toda a riqueza do Direito e da função dos Tribunais Superiores, como atores principais dessa função constitucional que lhes foi atribuída.

O que podemos observar é que a compreensão de um problema envolve possibilidades de solução e, não raras vezes, com possibilidades múltiplas. Tanto poderíamos concluir que a decisão indeferindo o registro da candidatura, à luz de nosso sistema jurídico, reproduziu uma injustiça social, ao não implementar um suposto direito individual do cidadão, como também poderíamos tirar a ilação de que a decisão desconstruiu um dogma da presunção de inocência, plasmando-a, isto é, adequando-a à realidade histórica e social atual, que não é a mesma dos 30 anos atrás de promulgação de nossa Lei Maior.

O Direito é uma prática intersubjetiva e, por isso, há uma integridade e coerência que norteiam a interpretação jurídica. O verdadeiro cuidado que devemos ter, quando nos deparamos com casos desse jaez, é termos consciência de que discussões político-morais não devem funcionar como base de sustentação de uma decisão que deve ser sempre calcada no Direito, num discurso jurídico dialogado.

Nessa linha de raciocínio, o fato de o Judiciário efetuar a denominada filtragem hermenêutico-constitucional da legislação não significa que possa apontar numa direção diferente daquilo que a Constituição intencionou, fundada em questões unicamente políticas, econômicas ou morais. A função do Poder Judiciário não é legiferante, mas integrativa do nosso sistema jurídico. Daí a importância de que o discurso seja o jurídico, ainda que busque subsídios noutros campos, naquilo que convergirem.

O que não é possível são os julgamentos considerados de ocasião, que se afastam da análise jurídica, resumindo-se a argumentos de política e consequencialistas. No dizer de Niklas Luhmann:

O direito tem a relevantíssima função de estabilizar normativamente as expectativas humanas e, numa sociedade cada vez mais complexa caracterizada por um crescimento desorganizado (indeterminado) dessas expectativas, essa função só será adequadamente alcançada por meio de uma seleção normativa de tais expectativas (LUHMANN, 2004, p. 152).

Exatamente por conta disso, não há como o Poder Judiciário estar sempre atendendo as expectativas sociais, pois pode ocorrer que elas não tenham lastro normativo no Direito. O fato de o Poder Judiciário estar *atento* aos vários segmentos não significa que eles servirão de fundamento às suas decisões. Exigências sociais voltadas para questões políticas, econômicas ou morais não podem se misturar na função do Direito para serem o fundamento das decisões. Por certo que o diálogo das fontes é necessário e haverá a integração entre esses segmentos sempre que convergirem para a normatividade que sustenta o Direito.

A imparcialidade do Poder Judiciário é a maior conquista e, nesse espectro, é que assenta sua legitimidade. Assim, haverá decisões que o julgador entenda injustas a partir de suas convicções pessoais. Contudo, como esse ponto de vista não se sustenta na lei ou em algum dispositivo da Constituição, se rende à norma de Direito. Essa é a missão, ou calvário, do Poder Judiciário, dependendo do ponto de vista que se adote; mas é assim que existe a segurança jurídica e a pacificação que a sociedade anseia.

Nas palavras de Scalia: *“If you’re going to be a good and faithful judge, you have to resign yourself to the fact that you’re not*

always going to like the conclusions you reach. If you like them all the time, you're probably doing something wrong" (SCALIA, 2005).

5 Conclusão

Verificamos que, ao longo desses 30 anos de existência da nossa Carta Constitucional de 1988, houve uma crescente mudança da feição do Poder Judiciário e, mais acentuada ainda, no âmbito dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal.

O Direito, nesse contexto, também vivenciou toda essa transformação a partir da Constituição. Contudo, por certo, o maior ganho foi o da própria sociedade. Embora existam várias teorias, como visto para explicar o que é de Direito e como deveria ser a atuação do Poder Judiciário, certo é que, graças a esse Estado, que não só é Democrático, mas também *é de Direito*, a sociedade pode verificar que o Poder Judiciário existe para tutelá-la.

Arrematando este breve estudo, com o mesmo doutrinador José Afonso da Silva, com o qual iniciamos os estudos do Direito Constitucional há 30 anos, e que continua sendo fonte de conhecimento, trazemos sua lição sobre a importância do Estado Democrático de Direito:

É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante a lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transfor-

madora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos (SILVA, 1988, p. 15-34).

Fazendo uma singela releitura da lição do doutrinador, onde se lê *lei*, leia-se *decisão judicial*, pois o Direito, como visto, não é só a lei. O Direito é o resultado daquilo que é criado a partir da lei, por meio da decisão judicial, cuja função é constitucionalmente conferida ao Poder Judiciário. Por isso, ele tem a responsabilidade de ser o agente transformador. Daí advém sua legitimidade que estará preservada na medida em que se voltar para a escuta dialogada com a sociedade, ainda que a resposta não seja propriamente aquela desejada por todos, mas certamente aceita, sempre que vier fundada num consenso motivado e ponderado.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBOSA, Ruy. *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: J. Aguilar, 1960.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart?. *Revista Novos Estudos jurídicos*, v. 20, n. 1, jan./abr. 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FRANCCO, Rodrigo. Participação popular nas decisões judiciais. *Debate virtual*, Salvador, n. 158, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2717>>. Acesso em: 26 maio 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. (Col. Biblioteca Tempo Universitário 101).

LIMA, George Marmelstein. Efeitos “backlash” da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 26 maio 2016.

LUHMANN, Niklas. *Law a social sistem*. New York: Oxford University Press, 2004.

MELO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: Ed. Forense, 2015.

RABELAIS, François. *Gargantua e Pantagruel*. Trad. Urquhart's. Ed. Ozell.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

SCALIA, Antonnin. Palestra proferida na Chapman Law School. Ago. 2005.

SILVA, José Afonso. *Da aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 173, p. 15-34, jan./set. 1988.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermeneutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da Decisão Judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 259, p. 21-54, set. 2016.