



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

FRANCISCO GONÇALVES SIMÕES

PRECEDENTES JUDICIAIS NA JUSTIÇA ELEITORAL
A CADEIA DE ROMANCES

BRASÍLIA

2022

FRANCISCO GONÇALVES SIMÕES

PRECEDENTES JUDICIAIS NA JUSTIÇA ELEITORAL
A CADEIA DE ROMANCES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais,

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Debora Bonat

BRASÍLIA

2022

TERMO DE APROVAÇÃO

FRANCISCO GONÇALVES SIMÕES

Dissertação apresentada e aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais, Universidade de Brasília.

Banca examinadora:

Orientadora:

Prof^ª. Dr^ª. Debora Bonat
Universidade de Brasília

Membros:

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Prof^ª. Dr^ª Paula Pessoa Pereira

Brasília, 29 de agosto de 2022

Dedico os meus pais, Elvira e Pedro,
Pelo apoio incansável e constante durante toda essa caminhada.

E à minha esposa Priscila,
que deu sentido à minha música favorita dos Beatles.

¡Contigo iré a cualquier parte!

Agradeço à Andreza, Frederico, Larissa, Nicolau e Raquel, pela amizade sincera e pela alegria nos dias fáceis e nos dias difíceis. Hemingway tem razão: quem está nas trincheiras contigo importa mais do que tudo.

Precedent is a Jewish mother. You don't have to do what it tells you, but it makes you feel terrible about not doing it.

Stephen Sedley.

A doutrina do stare decisis [...] é um fenômeno complexo, e é melhor pensá-la como uma arte, e não como uma ciência.

Toni M. Fine.

SIMÕES, Francisco Gonçalves. Precedentes judiciais na Justiça Eleitoral: a cadeia de romances. Brasília, 2022. Orientadora: Débora Bonat. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2022.

RESUMO

A adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios pelo Código de Processo Civil de 2015 impõe um estudo mais detido de sua compatibilidade sistêmica com a Justiça Eleitoral. O presente estudo toma, como ponto de partida, a concepção de Hart sobre a textura aberta do direito e da regra de reconhecimento, e de como pode o precedente judicial servir para a melhor compreensão do direito. No passo seguinte, revisita o debate entre Hart e Dworkin, analisando a proposta do Direito como Integridade e a utilidade das figuras do romance em cadeia e do juiz Hércules na adjudicação judicial em casos difíceis, sempre sob o prisma da importância dos precedentes judiciais. A internalização desses aspectos da doutrina estrangeira no nosso sistema jurídico passa pelo filtro do neoconstitucionalismo, colocando-se sob lupa a questão dos juízos de ponderação exercidos pela Corte Constitucional, com efeitos reverberando em todo o sistema judiciário. Analisa-se, então, o *stare decisis*, núcleo do efeito vinculante dos precedentes judiciais, visitando-se sua origem, a sua força vinculante horizontal e vertical e os motivos pelos quais a doutrina entende que os precedentes devem ser observados. Por fim, analisa-se a compatibilidade de um sistema de precedentes com a Justiça Eleitoral brasileira, notadamente sob o signo dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015, e se joga luz sobre a jurisdição eleitoral, estudando-se julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral sob o prisma da temporariedade dos mandatos de seus membros, do uso de decisões monocráticas em desacordo com decisões do colegiado, dos efeitos que a legislação eleitoral produz em descurar da observância de precedentes, das decisões que afastam a lei e os precedentes para impor a justiça no caso concreto, culminando na aferição das constantes mudanças jurisprudenciais que autorizam a percepção do que se denomina de cadeia de romances.

Palavras-chave: Hart; Ronald Dworkin; *Stare Decisis*; Justiça Eleitoral; Cadeia de Romances.

SIMÕES, Francisco Gonçalves. Precedentes judiciais na Justiça Eleitoral: a cadeia de romances. Brasília, 2022. Orientadora: Débora Bonat. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2022.

ABSTRACT

The adoption of a system of binding precedents by the Civil Procedure Code of 2015 requires a more detailed study of its systemic compatibility with the Electoral Justice. The present study takes, as a starting point, Hart's conception of the open texture of law and the rule of recognition, and how precedent can serve for a better understanding of law. In the next step, it revisits the debate between Hart and Dworkin, analyzing the proposal of Law as Integrity and the usefulness of the figures of the chain novel and of Judge Hercules in judicial adjudication in difficult cases, always under the prism of the importance of precedents. The internalization of these aspects of foreign doctrine in our legal system passes through the filter of neoconstitutionalism, putting under a magnifying glass the question of weighting judgments exercised by the Constitutional Court, with effects reverberating throughout the judicial system. The *stare decisis*, core of the binding effect of judicial precedents, is then analyzed, visiting its origin, its horizontal and vertical binding force and the reasons why the legal scholars understands that precedents must be observed. Finally, the compatibility of a system of precedents with the Brazilian Electoral Justice is analyzed, notably under the sign of artigos 926 and 927 of the Civil Procedure Code of 2015, and light is shed on electoral jurisdiction, studying judgments of the Superior Electoral Court under the prism of the temporality of the terms of its members, the use of monocratic decisions in disagreement with decisions of the collegiate, the effects that electoral legislation produces in neglecting the observance of precedents, the decisions that remove the law and precedents to impose justice in the specific case, culminating in the measurement of the constant changes in jurisprudence that authorize the perception of what is called chain of romances.

Keywords: Hart; Ronald Dworkin; *Stare Decisis*; Electoral Justice; Chain of Romances.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. HART – DA TEXTURA ABERTA DO DIREITO AO PONTO DE VISTA INTERNO	16
2.1. O GIRO LINGUÍSTICO	16
2.2. H.L.A. HART E “O CONCEITO DE DIREITO”	21
2.3. TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E DO DIREITO	27
2.3.1. Os eventos traduzidos em linguagem	28
2.3.2. A textura aberta do Direito	32
3. O ART. 926 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO COMO INTEGRIDADE	37
3.1. HÁ UMA RELAÇÃO ENTRE DWORKIN E O ART. 926 DO CPC?	37
3.2. DO POSITIVISMO DE HART AO DIREITO COMO INTEGRIDADE	42
3.2.1. Um pequeno esboço do entendimento de Dworkin sobre o Direito	42
3.2.2. O Direito como Integridade – a construção teórica a partir da crítica de Hart 46	
3.2.2.1. A aplicação judicial do Direito como Integridade: O romance em cadeia e o juiz Hércules	53
3.3. A INTEGRIDADE NO CONTEXTO DO ARTIGO 926 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	63
3.4. A COERÊNCIA	67
4. A ASCENSÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	72
4.1. PÓS-POSITIVISMO OU NEOCONSTITUCIONALISMO?	72
4.2. AS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	75
4.2.1. Força normativa da Constituição	75
4.2.2. Expansão da jurisdição constitucional	76
4.2.3. Nova dogmática de interpretação constitucional	78
4.3. CRÍTICA AO NEOCONSTITUCIONALISMO	81
5. STARE DECISIS OU BINDING PRECEDENTS	87
5.1. COMPREENSÃO HISTÓRICA	88
5.2. O FUNCIONAMENTO DO STARE DECISIS.....	96
5.2.1. Ratio decidendi e obiter dictum	96
5.2.2. Efeito vinculante horizontal e vertical	104
5.3. RAZÕES PARA SE SEGUIR PRECEDENTES	112

5.3.1.	Justificações consequencialistas	112
5.3.2.	Justificações dentológicas	115
5.3.3.	A segurança jurídica	120
5.3.4.	Acesso à Justiça.....	124
6.	PRECEDENTES JUDICIAIS NA JUSTIÇA ELEITORAL	129
6.1.	A JUSTIÇA ELEITORAL COMO <i>LOCUS</i> DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	129
6.1.1.	Da aplicação subsidiária do CPC à Justiça Eleitoral.....	129
6.1.2.	Da compatibilidade sistêmica dos artigos 926 e 927, do CPC, com a Justiça Eleitoral 135	
6.2.	A TEMPORARIEDADE DA INVESTIDURA NA JURISDIÇÃO ELEITORAL ...	140
6.3.	DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS E SUA OBSERVÂNCIA DAS DECISÕES DO PLENÁRIO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL	148
6.4.	DO ARTIGO 16-A, DA LEI Nº 9.504/97, EM DESPRESTÍGIO ÀS DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES.....	155
6.5.	A QUESTÃO DA JUSTIÇA NO CASO CONCRETO.....	159
6.5.1.	A justiça no caso concreto em competência originária	160
6.5.2.	A justiça no caso concreto em competência recursal	167
6.6.	MUDANÇAS DE POSICIONAMENTOS – A CADEIA DE ROMANCES.....	173
7.	CONCLUSÃO.....	182
	REFERÊNCIAS	190

1. INTRODUÇÃO

Precedentes judiciais. Esse instituto jurídico que, por muitas décadas, serviu como um dos elementos centrais de diferenciação entre as tradições jurídicas romano-germânica e anglo-saxã fez seu desembarque no ordenamento jurídico brasileiro com a adoção do sistema de repercussão geral pela Emenda Constitucional 45/2004 e com a edição do Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

Já se trata, quase, de uma novidade velha, haja vista a profusão de estudos sobre o tema, ao menos no âmbito do direito processual civil. A proposta do presente estudo lança luzes sobre uma vertente da questão menos debatida: a formação de precedentes judiciais na Justiça Eleitoral.

A pergunta que admoesta a mente é se a Justiça Eleitoral, e suas distinções em relação aos demais ramos do Poder Judiciário nacional, seria um *locus* adequado ao surgimento de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

O caminho para se produzir uma resposta, com mínima sustentação hermenêutica, tem seu primeiro passo na compreensão de que a implementação no ordenamento nacional de um instituto jurídico estrangeiro exige um filtro de compatibilidade teórica.

Nesse exercício, cumpre relembrar, com Petersen (2019, p. 22) que o transplante jurídico consiste na recepção em um determinado sistema, chamado sistema jurídico receptor, de ideias, doutrinas, jurisprudência, modelos jurídicos ou mesmo instituições oriundas de outro sistema, a que se denomina sistema jurídico emissor, sem se olvidar do alerta feito por Watson (1993, p. 20) de que *não se pode duvidar que uma regra transplantada de um país para o outro [...] pode igualmente operar diferentes efeitos nas duas sociedades, mesmo se for expressa em termos aparentemente similares nos dois países*¹.

Dentro desse contexto, de tradução do instituto jurídico de uma tradição jurídica para outra, no sentido de domesticar o que é estrangeiro (BURKE, 2010, p. 58), é que se encontra a ideia da tradução cultural e o problema da traduzibilidade. Como explica Petersen (2019, p. 22-23), *o objeto do transplante, sendo expresso em outro idioma e percebido a partir de outros referenciais, necessariamente passa por adaptações, decorrentes do processo de “descontextualização e recontextualização”*.

¹ Tradução livre a partir do original: “*It cannot be doubted either that a rule transplanted from one country to another, [...], may equally operate to different effect in the two societies, even though it is expressed in apparently similar terms in the two countries.*”

Almejando uma melhor tradução cultural dos precedentes judiciais, notadamente de sua eficácia vinculante, a delimitação de um arco de compreensão necessário e suficiente encontra início na leitura do art. 926, *caput*, do CPC: *Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*

A adoção dos vocábulos “íntegra” e “coerente” acarreta uma expressa remissão, ao menos semântica, à teoria do “Direito como Integridade”, proposta por Ronald Dworkin. Porém, em razão de parcela significativa de sua obra, ao menos quanto aos precedentes judiciais em casos difíceis, ter sido elaborada em resposta a H.L.A. Hart, relevou-se exigível que o presente estudo firmasse seu marco inicial no livro “O Conceito de Direito”.

Na empreitada de ler e buscar compreender a obra de Hart, conheceu-se a compulsão do arqueólogo, fomentada pela curiosidade ao se deparar com uma nova camada em suas escavações: a temática da textura aberta da linguagem e de seus efeitos no mundo jurídico. O início do estudo remete a uma abordagem singela da filosofia da linguagem e, agora sim, em última paragem, ao giro linguístico promovido por Ludwig Wittgenstein.

Eis, enfim, o ponto de partida.

Adotou-se dois métodos de pesquisa, conforme o objetivo dos capítulos da dissertação.

O primeiro deles, espargido nos capítulos dois a cinco, é de pesquisa teórica da ciência do direito, debruçada sobre os temas propostos à investigação, buscando-os no contexto da compreensão da tradição jurídica da *common law*, resgatando os debates teóricos havidos naquela ambiência e que entendeu relevantes para a pesquisa para, então, identificando os principais contornos e cernes distintivos de uma teoria de precedentes judiciais, submetê-los ao crivo teórico que se entendeu necessário para sua introdução dentro do microssistema jurídico do Direito Eleitoral brasileiro.

A parte inicial do sexto capítulo também adota esse método de pesquisa ao investigar as peculiaridades que informam a Justiça Eleitoral brasileira.

Já o segundo método, presente no capítulo seis, assume uma feição mais pragmática ao proporo o cotejo entre o modelo teórico construído nos capítulos anteriores e os exemplos pinçados da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, almejando descobrir se há pontos suficientes de conexão entre ambos para sustentar a aplicabilidade do modelo de teoria de precedentes à Justiça Eleitoral.

O capítulo 2 inaugura o estudo endereçando, ainda que com limitações, a filosofia da linguagem, avançando pelos conceitos de signos, significantes e significados e a

impossibilidade de fixação inquestionável de sentidos da linguagem, culminando com o giro linguístico.

Munido desse conhecimento se envereda pelos estudos concretizados por Hart em sua obra quintessencial, “O Conceito de Direito”, com maior vagar sobre sua compreensão sobre regras primárias e secundárias e, dentro dessa segunda classificação, da regra de reconhecimento e da existência de um caráter argumentativo na sua fixação.

A regra de reconhecimento, porém, não é o cerne da denominada “virada Hartiana”, mas sim a diferenciação dos pontos de vista externo e interno do observador quanto às normas e o impacto dessa distinção no modelo de direito.

Hart, como paradigma do positivismo jurídico adotado neste estudo, defendeu na obra mencionada uma visão descritiva do direito e, portanto, a separação entre o direito e a moral. Investiga-se, ao final, a configuração da textura aberta da linguagem e sua importância no âmbito do direito.

O capítulo 3 faz a travessia do oceano Atlântico e aporta na costa estadunidense, onde se dedica a analisar a proposta do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin e sua conexão com o art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil.

Questiona-se se o fato de o texto legal exprimir menção a termos costumeiramente vinculados a essa proposta teórica traduziu a sua aceitação no universo jurídico brasileiro e, como sói, não há uma resposta apta a angariar a posição doutrinária majoritária, trazendo-se à baila o exemplo da proposição teórica da única resposta correta.

O ápice do capítulo ilumina o debate Hart-Dworkin, por meio do qual este último se vale das críticas – *a general attack* – ao modelo de Direito *hartiano* para construir sua proposta de Direito como Integridade, adotando-se decote dessa discussão que guarda pertinência com esse estudo. O ponto alto da construção teórica do filósofo estadunidense, no presente contexto, está nas propostas do juiz Hércules e do Romance em Cadeia.

Fixados esses pontos, realiza-se uma análise da aplicabilidade dos conceitos de integridade e coerência, extraídos da proposta do Direito como Integridade, ao molde normativo do art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil.

Até esse momento, o estudo lançou seus olhos ao hemisfério norte e, almejando trazê-lo a portos nacionais, o capítulo 4 endereça a existência de um ambiente jurídico propício para a recepção de uma proposição jurídica, como o Direito como Integridade, no Brasil.

Nessa prospecção, constatou-se que a ascensão do neoconstitucionalismo na realidade jurídica brasileira serviria como um filtro inicial de tradução jurídica, daí a importância de se

retratar, ainda que de modo contido, suas características e, porque inescapável, as respectivas críticas.

Ao final e ao cabo, o que se busca delimitar é o papel dessa proposta teórica como elemento de ajuste teórico, especialmente quanto ao papel do Poder Judiciário, para o desembarque dos precedentes judiciais vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

Assentadas essas questões, o quinto passo da caminhada verticaliza o debate especificamente sobre o *stare decisis* e o seu papel nos modelos de precedentes obrigatórios – fonte do caráter vinculante das decisões judiciais no mundo anglo-saxão – conferindo-se maior ênfase ao modelo norte-americano em razão do papel gravitacional exercido pela Constituição estadunidense na vida jurídica daquele país.

Uma curta incursão histórica se revela vantajosa para a melhor contextualização do tema para, em seguida, passar-se sob a lupa o seu funcionamento. Nesse esforço, iluminou-se os conceitos de *ratio decidendi* e de *obiter dictum*, e o seu efeito vinculante, tanto horizontal quanto vertical.

Ao final do capítulo, e ciente das limitações existentes ao efeito vinculante do *stare decisis*, revelou-se inescapável uma breve investigação nos fundamentos adotados para se seguir precedentes. Na oportunidade, foram conferidas justificações consequentialistas e deontológicas, além de se examinar aspectos da segurança jurídica e do acesso à justiça.

O ato final do estudo é dedicado, enfim, à investigação da possibilidade de a Justiça Eleitoral constituir terreno fecundo para o florescimento de um sistema de precedentes judiciais, tratando-se da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil na seara eleitoral, além de se mensurar a compatibilidade sistêmica dos artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil nessa particular área do direito.

A partir dessas conclusões, empreende-se o exame de casos concretos de atuação do Tribunal Superior Eleitoral, na condição de corte máxima da Justiça Eleitoral, e sua compatibilidade com os requisitos entendidos necessários para a conformação de um sistema de precedentes vinculantes.

Os julgados são trazidos à luz e cotejados com temas de interesse eleitoral, como a temporariedade da investidura na jurisdição eleitoral, o uso de decisões monocráticas e a observância, ou não, das decisões proferidas pelo plenário do Tribunal Superior Eleitoral, os efeitos do art. 16-A, da Lei nº 9.504/97 em desprestígio às decisões das Cortes Superiores e a questão da justiça no caso concreto, tanto no exercício da competência originária quanto na competência recursal. O arremate, que encontra lugar também no título do estudo, endereça as

constantes mudanças de posicionamentos e o que se denomina, no âmbito deste estudo, de cadeia de romances.

O percurso eleito para a condução do presente estudo busca concatenar, com racionalidade e logicidade, um conjunto de premissas teóricas hábil a fornecer, ainda que apenas no plano acadêmico, um arcabouço de instrumentos jurídicos orientadores da atuação da Justiça Eleitoral com vistas a reduzir as inquietações que assombram quem convive com o cotidiano dessa Justiça especializada.

2. HART – DA TEXTURA ABERTA DO DIREITO AO PONTO DE VISTA INTERNO

H.L.A. Hart, reconstruiu os pilares do positivismo inglês a partir de sua obra “O Conceito de Direito” (1961), organizando o sistema jurídico em normas primárias e secundárias, distinguindo os pontos de vista dos observadores externos e internos do sistema e reconhecendo que a textura aberta da linguagem produz efeitos dentro do Direito.

O aprofundamento desse conhecimento permite, como se busca defender, uma melhor compreensão sobre o papel de precedentes judiciais no hodierno contexto da Justiça Eleitoral no Brasil.

2.1. O GIRO LINGUÍSTICO

Antes de se poder adentrar a discussão quanto às possibilidades de a linguagem ser insuficiente como instrumento de transmissão de certeza quanto a um acontecimento (o que se verá sob o título de textura aberta da linguagem) é preciso endereçar, ainda que brevemente, a compreensão sobre o giro linguístico ocorrido na Filosofia².

Nesse norte, é preciso assentar que a discussão não se origina no Direito, mas sim na Filosofia e na mudança de seu objeto durante o tempo. Como indica Pereira (2019, p. 23), o caminho evolutivo da filosofia se compõe de três etapas: a do ser, a da consciência e, por fim, a da linguagem.

O autor expõe que a *filosofia do ser é assim denominada porque a sua principal preocupação é com objetos, resumindo-se a uma questão ontológica*. nesse período se buscava-se o *sentido das coisas*, pois o *conhecimento residia na essência dos objetos* (PEREIRA, 2019, p. 24).

O segundo momento histórico, denominado de filosofia da consciência, fixou-se no estudo do sujeito e sua contraposição com o objeto. Mais detidamente, na cognição que o sujeito exerce sobre o objeto, como o apreende. O conhecimento deixa de residir no objeto em si e passa a depender de uma atividade humana.

² O tema é profundamente interessante, porém, neste estudo serve como tessitura na qual se desenvolverá uma proposta de compreensão da função do precedente judicial. Por esse motivo, não será verticalizado, mas sim exposto. Para o aprofundamento da questão: OLIVEIRA, Manfredo A. de. Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo: Loyola, 3ed., 2006; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das Decisões Judiciais. O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. (Coleção O Novo Processo Civil); STRUCHINER, Noel. Direito e Linguagem: Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; WARAT, Luis Alberto. O Direito e sua Linguagem. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2ed. aum., 1995.

O derradeiro momento é o da filosofia da linguagem, cujo centro de atenção são os *enunciados linguisticamente formulados*. A *reflexão filosófica, portanto, gira em torno das condições subjetivas de validade desses enunciados, afinal, a consciência não tem acesso direto aos objetos, pois o sujeito apenas se refere às coisas do mundo através de enunciados linguísticos* (PEREIRA, 2019, p. 24). O conhecimento não está no objeto, tampouco na consciência do sujeito.

Pereira (2019, p. 24), aponta, enfim, que é na passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem que se encontra o *giro linguístico (linguistic turn), sendo iniciada por Ferdinand de Saussure, ao instituir a Linguística moderna* (OLIVEIRA, 2017, p. 34).

Oliveira (2006, p. 12) retrata uma mudança na própria filosofia e na forma de seu procedimento, adotando-se novas maneiras de se fazer perguntas, agora centradas na linguagem. Ou seja, a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a esfera dos fundamentos de todo o pensar. A conclusão é que:

Isso significa dizer que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento confiável, que caracterizou toda a filosofia moderna, se transformou na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo. Isso implica radicalização da crítica do conhecimento, como ela foi articulada nos últimos séculos, pois a pergunta pela verdade dos juízos válidos é precedida pela pergunta pelo sentido, lingüisticamente articulado, o que significa dizer que é impossível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer previamente a questão da linguagem. Numa palavra, não existe mundo totalmente independente da linguagem, ou seja, não existe mundo que não seja exprimível na linguagem. A linguagem é o espaço de expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade (OLIVEIRA, 2006, p. 13).

A filosofia da linguagem encampa dois momentos: o primeiro deles endereça a linguagem sob uma função sintático/semântico, atento à função da linguagem de descrever o mundo. O segundo consiste na função pragmática, na qual a linguagem passa a ser constitutiva do mundo (PEREIRA, 2019, p. 25).

Para se distinguir as funções é preciso recorrer à teoria da Linguística moderna de Saussure, o que se faz pelo ponto de vista de Warat (1995, p. 25) de que na *teoria de Saussure, a língua é considerada como um sistema de signos e, assim, a sua unidade mínima de análise é o signo*.

Warat (1995, p. 25) explica que no interior do signo há um indício material ou significante e o conteúdo significado, e arremata que o *signo, portanto, é um conceito teórico que empregamos para nos referir ao ponto de articulação indissociável entre o indício material (significante) e o seu conteúdo conceitual (significado)* sendo possível ainda que o significado do signo dependa de sua relação com outros signos articulados.

O estudo do signo, dentro da linguagem, é o objeto da semiótica, sendo possível conduzir essa análise por três diferentes prismas, a partir das vinculações mantidas pelos signos: (i) sintaxe – estuda as vinculações dos signos com outros signos; (ii) semântica – compreende as vinculações entre os signos e os objetos que designa; e (iii) pragmática – cujo objeto é o estudo das vinculações entre os signos e os homens que os usam (WARAT, 1995, p. 39).

Não se exige esforço para constatar que o estudo das funções dos signos na linguagem retrata as fases trilhadas pela filosofia da linguagem.

Segundo Pereira (2019, p. 26), no plano sintático da linguagem encontram-se as *regras lógicas de formação e transformação de enunciados*, sendo válido anotar que *do ponto de vista jurídico, podemos afirmar que uma expressão está sintaticamente bem formada quando o enunciado acerca de uma ação encontra-se deonticamente modalizado* (WARAT, 1995, p. 40).

Já no estudo da semântica, o problema principal é o da verdade (WARAT, 1995, p. 40), pois neste campo se busca *caracterizar a linguagem de acordo com a correspondência de determinado enunciado ao mundo dos fatos, ou seja, se é empiricamente verificável* (Pereira, 2019, p. 26).

A relevância jurídica da verificabilidade empírica da proposição semântica pode ser encontrada no campo do direito probatório e, também, em outros campos jurídicos. Imagine-se a proposição “nas eleições presidenciais de 2022 colher-se-á os votos de 150 milhões de brasileiros”. A afirmação é amparada, em princípio, pelo número de eleitores registrados na Justiça Eleitoral e aptos a exercerem o sufrágio.

Contudo, à medida em que os boletins das urnas eletrônicas, seguras³, são totalizados pela Justiça Eleitoral, observa-se que uma fração dos eleitores registrados naquela seção eleitoral não se fizeram presentes. Assim, ao final do processo de totalização, constata-se, por hipótese, que apenas 121 milhões de eleitores compareceram às urnas naquela ocasião.

A proposição inicial poderia ser verificada empiricamente, na hipótese de a integralidade dos eleitores aptos terem comparecido às urnas. As modificações ocorridas no cenário e que impediram que a proposição refletisse os acontecimentos fenomênicos não lhe retira o valor semântico.

Haveria, de outro lado, um problema semântico se a proposição apresentada fosse “nas eleições presidenciais de 2022 colher-se-á os votos de 210 milhões de brasileiros” quando a base fática disponível, desde logo, indicasse que apenas 150 milhões de brasileiros estavam

³ Para um exame percuciente e detalhado da segurança nas urnas eletrônicas refere-se o leitor para: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/urna-eletronica/urna-eletronica>.

regularmente registrados na Justiça Eleitoral para votar. Nessa hipótese, não seria possível a verificação empírica.

Por fim, no plano pragmático, coloca-se no foco *o uso dos enunciados dentro de um determinado contexto comunicacional* (Pereira, 2019, p. 27). Explica Warat *que quando uma palavra é utilizada na comunicação, os destinatários captam um núcleo de significação no qual o contexto de uso não gravita; no entanto, o contexto provoca forçosamente um deslocamento significativo dessa compreensão para-contextual* (1995, p. 46).

O que se explora na função pragmática é a diferenciação entre o significado atribuído ao significante de maneira para-contextual (independente de contexto) e a atribuição de um novo significado ao mesmo significante em razão de sua inserção em um determinado contexto.

O exemplo fornecido por Warat (1995, p. 46) parte do enunciado “lá fora está chovendo”. Ele pode ser uma informação climática, despida de contexto, ou a ordem da mãe ao filho para que não saia de casa. Essa sim, dependente de contexto.

No campo jurídico, o filósofo argentino alerta que a análise pragmática *é um bom instrumento para a formação de juristas críticos [...] que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade* (1995, p. 47).

Para encerrar esses breves contornos do giro linguístico, é interessante anotar sua ligação com o filósofo Ludwig Wittgenstein.

Pereira (2019, p. 28-29) expõe que o primeiro Wittgenstein representa o pensamento do filósofo na obra “*Tractatus logico-philosophicus*” e abarca o primeiro momento do giro linguístico, limitando o exame da linguagem à dimensão sintática e à dimensão semântica.

Nesse momento, Wittgenstein busca imprimir à linguagem um caráter racional e apto a retratar com nitidez os limites do que com ela se pode afirmar, vale dizer, de modo que suas proposições sejam lógicas quando estudadas as relações dos signos com outros signos e dos signos com as verificações empíricas. Enfim, como construir proposições lógicas e como traduzir o mundo por meio dessas proposições.

Já o segundo Wittgenstein⁴, encontrado na obra “Investigações filosóficas”⁵, dissocia-se do primeiro ao afirmar que *a compreensão do significado de uma palavra ou enunciado [...] é, antes de tudo, fruto do seu uso dentro de um determinado jogo de linguagem*⁶⁷ (PEREIRA, 2019, p. 29).

Pontua-se, apenas na extensão necessária, a definição de jogos de linguagem apresentada por Oliveira (2017, p. 39): *são as regras estabelecidas por um grupo de falantes que possibilitam a existência e o uso da própria linguagem*, com o alerta de que as regras não são exaurientes e podem ser modificadas conforme a necessidade do grupo⁸, bastando que as regras permitam que o jogo aconteça, ou seja, que permita a comunicação.

A conclusão de todo esse caminho, e que serve de ponto de partida para o próximo tópico, é que *as diferentes hipóteses de significação de enunciado, de acordo com o contexto*

⁴ Oliveira (2017, p. 37) traz passagem que ilustra a passagem do “primeiro” para o “segundo” Wittgenstein, que se reproduz: *a mudança no pensamento de Wittgenstein inicia-se no período chamado “middle Wittgenstein”. Esse período traça as continuidades e rupturas entre o Tratado lógico-filosófico e As Investigações filosóficas e já apontam para a virada que seu pensamento e toda a Filosofia assumirão. O evento que marca essa virada, determinando que sua lógica tomasse outro caminho, é o Problema das Cores. [...] pois na negação de uma cor, por exemplo, exige-se um sistema para rebater as inúmeras opções, não bastando dizer apenas que “a é azul” é o contraditório de “não é o caso de a ser azul”, mas que o azul não é nenhuma outra das cores possíveis, excluindo com a escolha todas as outras possibilidades. Isso, mais à frente, aparece, em Wittgenstein, como o problema da exclusão das cores. Surgem os graus de exclusão que serão uma opção para os sistemas proposicionais, pois nesses não se podem colapsar todas as figuras de uma contradição [...] Essa explosão de possibilidades implica, para Wittgenstein, que o significado de uma frase não é apenas o modo como esta pode ser verificada como verdadeira ou não, mas o “seu uso na linguagem”.*

⁵ *Se na obra Tractatus a linguagem encontra sua essência na figuração do mundo, na obra Investigações Filosóficas essa essência é perdida, dando origem à ideia de jogos de linguagem.* (BAHIA, 2017, p. 73)

⁶ Oliveira (2006, p. 139) assim trata a questão:

É a partir da análise dessa situação que Wittgenstein supera a concepção tradicional da linguagem, mostrando sua parcialidade. Em nossa linguagem, não se trata apenas de designar objetos por meio de palavras; as palavras estão inseridas numa situação global que rege seu uso, aqui neste caso, por exemplo, pela relação de objetos que devem ser trazidos. Isso significa que a relação específica a objetos resulta da situação da construção em questão, ou seja, a análise da significação das palavras não se pode fazer sem levar em consideração contexto global de vida, onde elas estão. O problema da significação, problema central da tradição de pensamento e também de Wittgenstein, não se pode resolver sem consideração dos diversos contextos de uso das palavras.

O conceito de jogo da linguagem pretende acentuar que, nos diferentes contextos, seguem-se diferentes regras, podendo-se, a partir daí, determinar o sentido das expressões lingüísticas. Ora, se assim é, então a Semântica só atinge sua finalidade chegando à Pragmática, pois seu problema central, o sentido das palavras e frases, só pode ser resolvido pela explicitação dos contextos pragmáticos. Uma consideração lingüística que não atinge o contexto pragmático é, nesse sentido, essencialmente abstrata, como é o caso da teoria da significação no pensamento tradicional, para quem a linguagem é, em última análise, puro meio de descrição do mundo, sem a percepção de que a significação de uma palavra resulta das regras de uso seguidas nos diferentes contextos de vida. Saber usar corretamente as palavras significa saber comportar-se corretamente.

⁷ Bahia (2017, p. 75) sintetiza a proposta de Wittgenstein para os jogos de linguagem na seguinte formulação: *existe um incontável número de proposições na linguagem que se combinam através de jogos. Da mesma maneira como ocorre em relação aos jogos, também em relação à linguagem não é possível encontrar uma característica unívoca capaz de ser identificada em todas as instâncias lingüísticas; existem apenas semelhanças relevantes que agrupam essas expressões em determinados espaços da compreensão durante um lapso temporal.*

⁸ As próprias modificações nas regras gramaticais das línguas naturais, como o português, são uma demonstração dessa característica de adaptabilidade.

(jogo de linguagem), destroem a “ilusão metafísica” da exatidão da linguagem (Pereira, 2019, p. 30). Vale dizer, a compreensão da realidade passa a ser fruto da apreensão de um acontecimento dentro de um contexto, e diante da multiplicidade de contextos possíveis, não é mais possível aceitar que a linguagem é precisa.

Pertinente a observação de Oliveira (2017, p. 38), de que quando Wittgenstein passa a *investigar a estrutura funcional da linguagem do cotidiano, sua obra começa a refletir a ideia de que a vagueza é uma característica essencial da linguagem*, não mais se fazendo presente a *necessidade de se eliminar dúvidas ou desacordos*. A linguagem deve permitir, ao final e ao cabo, a construção de consensos para o desenlace da comunicação.

Essa constatação servirá para a construção feita por Hart sobre a textura aberta do Direito.

2.2. H.L.A. HART E “O CONCEITO DE DIREITO”

Para se falar da utilização por Hart da concepção de textura aberta da linguagem no âmbito do Direito se faz necessária uma excursão, ainda que breve, sobre o modelo de direito por ele proposto, inclusive em relação à norma de reconhecimento pois, como se pretende demonstrar, é uma ponte possível para o modelo de direito defendido por Ronald Dworkin.

O ponto de partida necessário é a obra “O Conceito de Direito”, de 1961, na qual Hart, um filósofo do direito, busca refinar o conceito de direito dentro de uma perspectiva positivista analítica, superando a concepção do positivismo de John Austin – jurisprudência analítica – que a seu turno escorava-se no utilitarismo de Jeremy Bentham⁹.

Indica Hart, em apertado resumo, que na visão de seus antecessores, os contornos do sistema jurídico revelam que seus fundamentos *consistem numa situação em que a maioria dos integrantes de um grupo social obedece habitualmente às ordens, apoiadas por ameaças, da pessoa ou pessoas soberanas, que, por sua vez, não obedecem habitualmente a ninguém* (2009, p. 129).

Hart passa então a discorrer sobre a sua proposta de Direito a partir da perspectiva da organização de um sistema jurídico. A formulação é da coexistência de regras primárias e secundárias, assim exposta pelo autor:

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não.

⁹ Hart empreende a análise desse modelo de direito nos capítulos I a III de sua obra “O Conceito de Direito”, sugerindo-se a sua leitura.

As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações. (2009, p. 105-106)

A distinção retrata a existência de normas que explicam os comportamentos esperados dos cidadãos e de normas *cuya misión é garantir que as normas jurídicas se relacionem de forma ordenada, estruturada e sistemática*¹⁰ ((estudo preliminar de Juan Manuel Pérez Bermejo in MacCormick, 1977, p. 17).

Hart sustenta que as regras secundárias são necessárias para a caracterização de um sistema jurídico, pois somente em razão de sua existência é que o Direito se distingue de um arranjo existente em uma *sociedade que comporta normas primárias de obrigação* (2009, p. 118).

De modo a explicitar a distinção, justificando a proposição teórica, o Professor de Oxford passa então a indicar que nesse modelo de sociedade, na qual o meio de controle social é a resposta ofertada pelo próprio grupo às condutas, encontram-se deficiências no arranjo jurídico de três tipos (2009, p. 118-121).

O primeiro deles consiste na incerteza, destacando que *em caso de dúvida sobre a essência das normas ou sobre o âmbito preciso de aplicação de qualquer uma delas, não existe um procedimento instituído para dirimir essa incerteza* (2009, p. 119).

O segundo é denominado de caráter estático das normas e consiste no alongado lapso temporal para que os costumes e hábitos de convivência sejam modificados, ainda que diante de circunstâncias excepcionais¹¹. O terceiro deles é a ineficiência da pressão social difusa pela

¹⁰ Tradução livre a partir do original: *cuya misión es garantizar que las normas jurídicas se relacionem de forma ordenada, estructurada e sistemática.*

¹¹ Hart apresenta um caso hipotético que decorreria do mesmo defeito no arranjo jurídico (2009, p. 120-121): *Nesse caso extremo, não só não haveria um modo de mudar deliberadamente as normas gerais, mas as obrigações particulares e concretas decorrentes das normas não poderiam variar nem ser modificadas por meio da escolha intencional de qualquer pessoa. Cada indivíduo teria simplesmente obrigações ou deveres fixos de fazer ou abster-se de fazer certas coisas. De fato, poderia acontecer frequentemente que outros indivíduos se beneficiassem do cumprimento dessas obrigações; entretanto, se existissem apenas normas primárias de obrigação, não existiria o poder de desobrigar de seu cumprimento aqueles que estivessem por elas vinculados ou de transferir a outros os benefícios advindos desse cumprimento. Pois essas operações de dispensa ou transferência criam mudanças nas posições iniciais dos indivíduos de acordo com aquelas normas primárias de obrigação; e, para que tais operações sejam possíveis, devem existir normas diferentes das primárias.*

qual as normas são mantidas (2009, p. 121), vale dizer, há um obstáculo para se aquilatar se determinada conduta importou em eventual violação da norma¹².

De forma a corrigir essas deficiências, a proposta de Hart é que não podem existir apenas normas primárias de obrigação, devendo-se conceber as regras secundárias. Elas regulam as funcionalidades das normas primárias.

Assim, pode-se dizer que todas as normas secundárias se situam num nível diferente daquele das normas primárias, pois versam todas sobre essas normas; isto é, enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alterada de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas. (HART, 2009, p. 122).

As normas secundárias¹³ foram classificadas como remédios específicos para os defeitos que buscam corrigir. São denominadas normas de reconhecimento (para sanar a incerteza), normas de modificação (aptas a superarem o caráter estático das normas primárias de obrigação) e, por fim, as normas de julgamento (indicadoras de uma autoridade competente para a verificação e confirmação de violação das normas, com a imposição da respectiva sanção).

O ponto nodal é a compreensão¹⁴ da regra de reconhecimento e de seu papel de especificar, em sistemas jurídicos simples, *as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce* (2009, p. 122).

Em contraposição, o filósofo inglês indica que, em sistemas jurídicos complexos, essas características são distintas, como a aprovação da norma por um determinado órgão (no caso brasileiro, pelo Poder Legislativo federal, por exemplo), em razão de prática consuetudinária ou, ainda, em razão de sua relação com decisões judiciais. Não fosse isso suficiente as regras de reconhecimento podem estabelecer relações de primazia entre as fontes reconhecidas do Direito (2009, p. 123).

¹² Hart dissocia a ineficiência do sistema jurídico do debate sobre a aplicação da sanção caso constatada a infração da norma (2009, p. 121).

¹³ Não se aprofunda a questão referente às normas secundárias denominadas de normas de modificação e normas de julgamento porque não é necessário ao escopo do presente trabalho. Indica-se, no ponto, a leitura da explicação fornecida por Hart (2009, p. 124-128).

¹⁴ Há uma enorme discussão sobre os contornos e a melhor compreensão da regra de reconhecimento proposta por Hart. As discussões, contudo, verticalizam temas que não prejudicam a existência do conceito de *ponto de vista interno*, que é o necessário para o prosseguimento do estudo. Indica-se: ADLER, Matthew D.; HIMMA, Kenneth Einar (eds). **The Rule of Recognition and the U.S. Constitution**. Oxford. Oxford University Press, 2009.

Ressalta-se que é por meio de regras de reconhecimento que as autoridades encarregadas de aplicarem o Direito ao caso concreto identificam, por meio de critérios de validade das normas do ordenamento jurídico, quais delas devem ser aplicadas.

O filósofo inglês anota, em relação à natureza da norma de reconhecimento, que ela existe como uma *prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios* (2009, p. 142).

A convergência mencionada por Hart retrata um caráter de unicidade, ou ao menos de uma zona de consenso, sobre qual é a regra de reconhecimento. Isso não significa que existe apenas uma regra de reconhecimento sendo admissível, em hipótese, a necessidade de aplicação de uma regra de julgamento para determinar qual a regra de reconhecimento que regula o caso em debate.

Para além desse debate, haure-se da ideia de convergência e harmonia quanto à eleição da regra de reconhecimento a existência de um caráter argumentativo, representando minimamente pela busca de um consenso, que informa a conformação do Direito em uma determinada sociedade.

Cumprе lembrar, ainda, que H.L.A. Hart é um filósofo do direito inserido no contexto do direito anglo-saxão, filiado ao sistema do *common law* e, portanto, sua proposta de concepção do Direito assimila a realidade do *case-law* e de um sistema de precedentes judiciais.

Por isso que ele defende a comunhão de esforços de autoridades, tribunais e indivíduos na verificação da regra de reconhecimento aplicável ao caso, sem que ela necessite ser pré-estabelecida, ou seja, ela é descoberta para aquele caso e à luz dos seus contornos. Daí a afirmação de Hart de que a regra de reconhecimento é uma questão de fato (2009, p. 142).

Não se pode deixar de constatar, contudo, o caráter da norma de reconhecimento que permite ser entendida como direito, justamente na medida em que determina quais regras primárias devem ser aplicadas¹⁵ (Hart, 2009, p. 144). À vista desse enfoque duplo, Gonçalves e Quirino (2018, p. 104), asseveram que Hart identificou:

na regra de reconhecimento um caráter fático, a partir do observador externo, que identifica uma prática social de se reconhecer como Direito determinadas regras e um caráter normativo-validador, a partir do ponto de vista interno, daquele que usa da regra de reconhecimento para perquirir a validade de determinada regra.

¹⁵ Afirma o Professor de Oxford, em relação a um juiz, que *[s]ua declaração de que a norma é válida é um enunciado interno, reconhecendo que a norma satisfaz os critérios para identificar o que constitui o direito em seu tribunal, e não constitui uma profecia sobre sua decisão, mas parte da razão da para ela* (2009, p. 135-136).

A aceitação do ponto de vista interno para determinar o caráter de direito da norma de reconhecimento não significa que o juízo de reconhecimento positivo assenta a validade de uma norma, mas apenas e tão somente que é reconhecida como integrante do sistema¹⁶ (2009, p. 133).

Em razão de seu papel de relevo no sistema jurídico, Hart entende a norma de reconhecimento, como elemento de asserção da validade de normas, como uma *ultimate rule*¹⁷, e quando, como geralmente ocorre, houver diversos critérios hierarquizados por ordem de subordinação e primazia relativa, um deles será considerado supremo (*supreme*) (2009, p. 136).

Assentadas as espécies de normas de um sistema jurídico, passa-se ao elemento que distingue Hart entre os outros positivistas e lhe garante um lugar de destaque na evolução do direito. A compreensão de que as normas podem ser vistas por um ponto de vista interno e externo. Diz Hart:

Quando um grupo social dispõe de certas normas de conduta, isso dá azo a muitos tipos de afirmação, estreitamente relacionados embora diferentes: pois é possível que um indivíduo se relacione com as normas como um mero observador, que não as aceita ele próprio, ou como membro do grupo que as aceita e as utiliza como orientação para sua conduta. Podemos chamar essas atitudes, respectivamente, de “ponto de vista externo” e “ponto de vista interno”. (2009, p. 115).

A importância do conceito de ponto de vista interno decorre da relação do indivíduo com o sistema jurídico, deixando de ser um mero sujeito dos comandos normativos para inaugurar um diálogo consciente com as normas, podendo aferir, caso a caso, a sua pertinência e aplicação como balizas de orientação de sua conduta. Como ressalta Bustamante:

O insight de Hart em diferenciar analiticamente os pontos de vista interno e externo operou uma transformação na forma de se fazer teoria do Direito, porque mostrou aos filósofos e teóricos do Direito mais atentos que é possível e necessário definir o Direito de forma diferente, dependendo de qual perspectiva se adote (2012, p. 132).

¹⁶ Hart diferencia validade e eficácia da lei nos seguintes termos: *Se por “eficácia” devemos entender que uma norma do direito que exige certo comportamento é mais frequentemente obedecida que infringida, fica claro que não existe ligação necessária entre a validade da norma particular e sua eficácia, a menos que a norma de reconhecimento do sistema inclua, entre seus critérios (como ocorre com algumas), a condição (às vezes denominada de *dessuetude*) de que nenhuma norma seja considerada como pertencente ao sistema se houver deixado de ser eficaz há muito tempo (2009, p. 133).*

¹⁷ Hart apresenta um exemplo para demonstrar o caráter de *ultimate rule* da norma de reconhecimento (2009, p. 137-142), no qual debate mais detidamente as objeções feitas ao modo de reconhecimento da validade da norma de reconhecimento (ponto de vista interno) e ao cotejo entre a suposição de validade e o pressuposto de existência da norma de reconhecimento (ponto de vista externo).

Atente-se que o ponto de vista interno, ao analisar a norma e sua aptidão para determinar condutas, não opera um juízo de valor sobre a correção da norma ou de sua adequação a um contexto moral-político maior. No mesmo sentido é a negativa de Macedo Junior (2013, p. 124) de que *para Hart, admitir a importância do reconhecimento do ponto de vista interno da regra para explicar uma ação social não significa a sua aprovação valorativa*, isso é, o reconhecimento significa *conhecer as razões que constituem a sua [norma] existência, e não sua aprovação*, logo, *sua noção de aceitação ou de endosse de uma regra não envolve a aprovação moral desta* (2013, p. 125).

É válido apontar o entusiasmo de Bustamante (2008, p. 148) com o conceito, colocando-o como elemento central do que denominou virada hartiana: a compreensão do direito a partir do ponto de vista interno, atribuído ao participante daquele sistema jurídico *que aceita e emprega as normas jurídicas para fins de encontrar ou determinar a conduta juridicamente correta*. Em outra passagem, o autor mineiro afirma que essa virada convida:

A formular perguntas que estavam proscritas pelo rigorismo metodológico do positivismo descritivo, como a questão de se saber quando uma decisão que possa ser inferida das fontes do direito é “racional” ou razoável, ou quando se pode dizer que uma decisão está corretamente fundamentada (2015, p. 317).

A virada *hartiana* permite um novo nível de engajamento do intérprete com o Direito para a sua compreensão. O conhecimento hermético do conjunto de normas que organiza a vida em sociedade deixa de ser suficiente para informar a decisão correta, passando a ser necessária a verificação da aceitação dessas normas pelo sistema (ponto de vista interno) como imperativo antecedente na fixação da premissa maior do silogismo jurídico.

No âmbito da proposta positivista de H.L.A. Hart, que dissocia o direito de moral, quiçá o impacto da mudança de paradigma fosse de tal medida que apenas rechaçaria as críticas feitas ao modelo de direito então vigente, mas a porta que se abriu alargou as fronteiras do mundo jurídico para uma dimensão inédita de argumentação.

A importância dessa mudança de concepção é, segundo Bustamante (2008, p. 149), essencial para o neoconstitucionalismo, na medida em que permitiu o desenvolvimento de teorias do direito que englobam doutrinas filosófico-morais que *permitam (e justifiquem) a utilização de argumentos morais na fundamentação das decisões judiciais e imponham, sem comprometer a autonomia individual e política alcançada pelas sociedades democráticas, certos limites substanciais à validade das normas jurídicas*.

A exposição do conceito de norma secundária a partir do ponto de vista interno, como norma de reconhecimento de quais as fontes do direito que orientam a conduta dos cidadãos e dos operadores do direito, foi necessária porque retrata a bifurcação no caminho do intérprete que lhe permitirá, sob outros paradigmas teóricos, incorporar ao direito valores de fundo moral e político, como se verá mais adiante.

2.3. TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM E DO DIREITO

A tarefa de proferir julgamentos, atribuída ao Poder Judiciário como sua função primária, é informada por alguns requisitos, dentre os quais se pinça, para os fins desse estudo, a obrigação de conhecer os fatos trazidos pelos litigantes, bem como o direito – em sentido amplo – que deverá ser aplicado ao caso concreto. A operação é, amiúde, a do silogismo jurídico de subsunção dos fatos ao molde normativo selecionado, colhendo-se, então, o resultado jurídico.

A pergunta que deve ser feita é: como ocorre o processo de conhecimento dos fatos e, mais ainda, como que é escolhido o molde normativo ao qual esses fatos (já conhecidos) serão subsumidos?

De forma simplificada, para se apresentar o problema, pode-se dizer em relação aos fatos, que no primeiro momento eles são traduzidos em linguagem pelas partes que os apresentam em juízo. O próximo passo é o cotejo de todos os fatos integrados ao processo para que o Estado-juiz exponha, em linguagem, o resultado de sua compreensão quanto à situação concreta debatida.

Já quanto ao molde normativo a ser escolhido, deve o operador do Direito selecioná-lo do plantel de possibilidades transpostas em linguagem existente no ordenamento jurídico, atentando-se para qual entende ser o que melhor serviria de anteparo à situação fática para a solução da questão.

Note-se que em ambos os casos, a dificuldade a ser enfrentada está no uso da linguagem. No enfrentamento do tema, Hart adota como fundamento a filosofia da linguagem ordinária – natural – buscando compreender o Direito como um produto de um fenômeno linguístico.

Nessa vereda, o direito deve ser entendido dentro do contexto em que se manifesta, tal como a linguagem, revelando-se presente a vinculação do pensamento de Hart ao pensamento de Wittgenstein¹⁸, inclusive na aplicação dos jogos de linguagem ao direito (Oliveira, 2017, p.

¹⁸ No mesmo sentido: HACKER, P.M.S.. Hart's Philosophy of Law. In: HACKER, P.M.S.; RAZ, J. (eds). Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 2.

39). Também se encontra em “O Conceito de Direito”, a referência feita pelo autor à denominada textura aberta da linguagem¹⁹ (2018, p. 166).

2.3.1. Os eventos traduzidos em linguagem

A questão já foi posta por Nietzsche (2008, p. 222): *no hay hechos, sólo interpretaciones*²⁰ – não há fatos, apenas interpretações.

Sem adentrar à questão filosófica da busca pela verdade e da forma argumentativa necessária para essa empreitada – é necessário pincelar, o quanto suficiente, o modo pelo qual os seres humanos presenciam um acontecimento e o comunicam a terceiros.

O ponto de partida é a distinção de conceitos, essencialmente de evento e fato. No ponto, adota-se a proposta de Ferraz Jr. (2018, p. 292), de que os eventos são acontecimentos existenciais e de que fato é *um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade*. Em outros termos, vertidos por Teixeira (2015, p. 29-30), os eventos são os *acontecimentos fenomênicos*, e sua existência não depende da linguagem, já os fatos consistem na mediação linguística dos eventos como forma de sua inserção na realidade.

O que se percebe é que entre o acontecimento no mundo fenomênico e a sua inserção na realidade experimentada pelos homens incide uma operação de tradução para linguagem necessária à comunicação do evento.

Aqui reside o nó górdio da questão: a linguagem, que se opera por meio de línguas naturais²¹, é necessariamente informada por uma textura aberta, admitindo-se a possibilidade

¹⁹ A investigação da questão está contida no capítulo VII - *O formalismo e o ceticismo em relação às normas*, sendo apresentado no subitem *A textura aberta do direito*. O autor se concentra nas imprecisões que informam a transmissão do direito, seja por meio de legislação, seja por precedentes judiciais, apontando também que a textura aberta informa a linguagem.

²⁰ A passagem completa está contida no Fragmento Póstumo do Final de 1889 e Primavera de 1887, nos seguintes termos:

*Contra el positivismo, que se queda en el fenómeno «sólo hay hechos», yo diría, no, precisamente **no hay hechos, sólo interpretaciones**. No podemos constatar ningún factum «en sí»: quizás sea un absurdo querer algo así. «Todo es subjetivo», decís vosotros: pero ya eso es interpretación, el «sujeto» no es algo dado sino algo inventado y añadido, algo puesto por detrás.— ¿Es en última instancia necesario poner aún al intérprete detrás de la interpretación? Ya eso es invención, hipótesis.*

En la medida en que la palabra «conocimiento» tiene sentido, el mundo es cognoscible: pero es interpretable de otro modo, no tiene un sentido detrás de sí, sino innumerables sentidos, «perspectivismo».

Son nuestras necesidades las que interpretan el mundo: nuestros impulsos y sus pros y sus contras. Cada impulso es una especie de ansia de dominio, cada uno tiene su perspectiva, que quisiera imponer como norma a todos los demás impulsos.

²¹ A língua portuguesa, a língua inglesa, a língua italiana são exemplos de linguagens naturais, assim conceituadas por Warat (1995, p. 52-53): *A linguagem natural pode ser caracterizada como o processo de enunciação efetuado na comunicação humana, através de componentes sígnicos que apresentam imprecisões significativas, multiplicidade de regras de formação e carência, na maioria dos casos, de uma transmissão economicamente organizada, onde a produção de seus sentidos possui um alto grau de dependência do contexto comunicacional que os produz*. A contraposição é feita com a *linguagem técnica ou de estrutura especificada*, que

de que o fato apresentado seja apenas uma versão possível do acontecimento fenomênico. Como afirma Teixeira (2015, p. 31) *o fato verdadeiro, segundo a teoria da verdade por consenso, é apenas um discurso coerente, eleito como tal, entre tantos outros.*

Um exemplo pode ser útil: a queda de árvore no meio da floresta. João, que fazia uma caminhada na região, afirma então: Uma árvore caiu no meio da floresta. Contudo, em razão da distância, João não é capaz de afirmar o motivo da queda da árvore, se foi por fraqueza do tronco diante do vendaval no dia anterior; se foi em razão da idade avançada e infestação de parasitas; se foi em decorrência de ação humana; ou se foi em razão de um choque com um animal de grande porte. Nesse último caso, também há uma dúvida quanto ao porte da árvore caída.

A descrição do fato encontra suporte em conceitos empíricos, que *não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre o seu significado* (Struchiner, 2002, p. 16) e, portanto, *apresentam uma textura aberta, isto é, uma região cinzenta onde não conseguimos determinar de forma absoluta se o seu uso deve ou não ser efetivado* (Idem, p. 17).

Não se deve descuidar, entretanto, que na formação do discurso há um campo de certeza consistente no núcleo de significado aceito por todos os interlocutores. No caso do exemplo de João, o termo árvore pode ser usado para designar diferentes espécies de organismos com as mesmas características mínimas, mas certamente não pode ser utilizado para representar a grama. Ainda que os interlocutores não precisem definir qual a espécie precisa de árvore descrita no discurso, há um consenso mínimo de certeza quanto ao significado nuclear do termo.

Bix (1996, p. 7), atribui a Friedrich Waismann²² a expressão *textura aberta*²³, e que esta é, provavelmente, lastreada na visão construtivista da linguagem exposta por Wittgenstein no início dos anos 1930, e tinha por objetivo a verificabilidade das afirmações.

é empregada para a construção de linguagens especializadas, que requerem precisão lógica, economia expressiva e formulação de enunciados que possam ser aceitos como proposição, são, ainda, linguagens o sistema de evocações ideológicas e cargas emotivas fica excluído. Estamos frente a uma linguagem com uma clara pretensão epistêmica, concretizada através de uma abstrata tentativa de expurgar, no plano da linguagem, os componentes políticos, as representações ideológicas e as incertezas comunicacionais da linguagem natural.

²² Faz-se necessário expor, com apoio em Bix (1996, p. 10-11), que a obra de Waismann dedicou-se a apresentar as ideias de Wittgenstein de forma mais acessível. Contudo, alguns desses conceitos eram suas próprias extensões das ideias de Wittgenstein. O conceito de *textura aberta* está nessa última categoria (tradução livre). Assim, embora o autor indique que dentro dos jogos de linguagem há uma latitude para a fixação de significados dos significantes em razão do contexto, em linha com a proposta de Wittgenstein, entendeu necessário apor a distinção de autoria em relação a *textura aberta* da linguagem.

²³ O autor distingue, entretanto, que: Waismann estava escrevendo sobre linguagem em geral; Hart estava escrevendo sobre linguagem no contexto do Direito – em particular, no contexto de aplicação e interpretação de regras – e os problemas para os quais suas ideias responderam derivam desse contexto (1996, p. 19). Tradução livre a partir do original.

Prossegue expondo que um dos argumentos utilizados por Waismann para defender a textura aberta é que a descrição de objetos materiais nunca é completa (1996, 13)²⁴.

Aprofundando o tema, Struchiner (2002, p. 17), com apoio em Waismann, expõe que *a textura aberta da maioria dos conceitos empíricos ocorre por causa da incompletude essencial das descrições empíricas*, indicando a impossibilidade de se descrever um conceito de maneira definitiva em razão da sempre presente possibilidade do surgimento de uma nova característica que lhe seja atribuível.

A compreensão da existência de um núcleo de atributos mínimos aceitos para a identificação de determinado conceito bem dialoga com a possibilidade de expansão de seu conteúdo em razão da impossibilidade de sua definição completa.

Prossegue o autor carioca (2002, p. 20) detalhando que a característica de inesgotável das descrições pode significar tanto *a possibilidade de qualquer coisa real tem propriedades inesgotáveis, podendo sempre ser analisada sob um ponto de vista diferente* quanto o surgimento de *novas experiências e descobertas capazes de afetar a interpretação dos fatos*. Esta última é a fonte da textura aberta dos conceitos empíricos.

Nessa senda, a afirmação inicial de João pode retratar acuradamente o resultado do evento, mas, não necessariamente, o que lhe deu causa. Nessa medida, e admitindo-se o surgimento de novas experiências que modifiquem a sua interpretação, o uso do verbo “cair” é insuficiente para descrever outros elementos informadores do evento que poderiam conduzir a uma representação linguística distinta, ou seja, a uma outra versão do fato.

Por certo que a afirmação pode ser entendida como parcial em razão da falta de conhecimento específico do autor de todas as circunstâncias, condição que conduziria a uma descrição parcial do fato que padece, igualmente, de imprecisão. Haveria, nessa condição, a possibilidade de diminuição da imprecisão pela atividade do intérprete em buscar descobrir, na medida do possível, as demais circunstâncias do evento.

Por qualquer ângulo que se observe a imprecisão no discurso que constrói o fato a partir do evento, constata-se aberto o flanco de diálogo para o incremento de certeza quanto ao evento, seja pelo refinamento dos termos da linguagem, pela contraposição de versões obtidas de outros

²⁴ Bix transcreve o exemplo do próprio Waismann: *However many features I may assert of a thing, say of this chair, or however many relations I may state which hold between it and other things, or however many statements I may make about its life history, I shall never reach a point where my description can be said to be exhaustive, that is, such that no further increment in knowledge is possible. Any real thing is inexhaustible. My knowledge of it is always extensible. There is no maximum description* (1996, p. 14).

pontos de vista ou, ainda, pelo acréscimo de novas informações que complementam o acontecimento.

Nessa latitude, haure-se que um fato pode ser apresentado por um intérprete e, enquanto não for objeto de debate, essa descrição linguística do evento permanece válida. Se o fato for submetido a debate sobre a melhor representação do evento em linguagem, a natureza discursiva da atividade de retratar o evento em fato permite aos envolvidos atingirem um consenso sobre a melhor definição do fato.

Há uma segunda perspectiva a ser explorada dentro da imprecisão decorrente da textura aberta da linguagem na descrição de eventos.

Nessa vereda se constata que o uso da linguagem nas relações humanas adota um conjunto de informações subentendidas que permitem a agilidade da comunicação. Isso porque seria excruciante, para além de demorado, que a comunicação entre seres humanos fosse tão detalhada que cobrisse a integralidade de dúvidas possíveis nos interlocutores.

No ponto, é pertinente a observação de Bix (1996, p. 12) de que:

Waismann argumentou que nossa linguagem, tão bem como as nossas abordagens à verificação, é organizada para responder às condições normais de pano de fundo e para os problemas cotidianos de menor escala; Nossa linguagem e nossas regras de gramática não servem bem se começarmos a imaginar circunstâncias absurdamente incomuns ou falhas de magnitude Cartesiana²⁵.

Pensemos no exemplo do servidor da justiça eleitoral que determina ao mesário a instalação de uma urna eletrônica em determinada seção de votação. Espera que o mesário seja conhecedor das medidas de cautela necessárias para assegurar a inviolabilidade do voto, como por exemplo, não deixar o visor da urna voltado para as janelas ou para ângulos de câmeras de vigilância, além de instalar o devido tapume para que o eleitor não fique exposto ao escrutínio alheio enquanto exercer o sufrágio. Também está inserido no contexto que a instalação observará a voltagem da corrente elétrica e sua compatibilidade com a urna eletrônica, além de respeitar uma distância suficiente para a conexão do equipamento à tomada de energia e, ao mesmo tempo, o terminal de identificação biométrica do eleitor possa alcançar a mesa receptora de votos, tudo sem deixar fios suspensos e nos quais alguém possa tropeçar. Por fim, espera

²⁵ Tradução livre a partir do original: *Waismann argued that our language, as well as our usual approaches to verification, is organized to respond to normal background conditions and to the small-scale problems of everyday life. Our language and our grammatical rules do not serve us well if we start to imagine wildly unusual circumstances or deceptions of a Cartesian magnitude.*

que a instalação seja feita com cuidado suficiente para que não ocorram danos ao equipamento e ao seu correto uso no dia das eleições.

Dentro desse conjunto de informações omitidas no discurso também se encontra a própria imprecisão dos termos utilizados na sua expressão.

Vale dizer, a imprecisão da linguagem pode ser apreendida tanto pela natureza discursiva da descrição do evento em fato, na necessidade do uso de informações subentendidas na construção de diálogos e, por fim, na necessidade de o intérprete utilizar o significado consensual mínimo dos termos empregados na linguagem.

Ambos os motivos expostos devem estar presentes na mente do operador do Direito ao descrever e interpretar um fato. Deve ele saber que a própria descrição é informada por uma linguagem de textura aberta, bem como que a descrição pode conter uma série de informações implícitas, e que a sua própria interpretação do fato pode vir a ser consensualmente aceita como verdadeira, mas não estão descartadas outras possibilidades.

2.3.2. A textura aberta do Direito

Endereçando a questão da linguagem aberta²⁶ na estruturação do direito, Struchiner (2002, p. 39) indica que a análise feita por H. L. A. Hart concebe que o direito tem função primordial de controle social e que esse controle é feito pela externalização do direito em linguagem generalizada.

O uso de termos classificatórios gerais das condutas induz à existência de incertezas decorrentes da própria linguagem²⁷, como adverte o próprio Hart (2018, p. 164) ao reconhecer que *há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer* (2018, p. 164).

No ponto, admite-se a possibilidade, na esteira de Oliveira (2017, p. 39), de que a linguagem natural projete seus efeitos de indeterminação para as normas jurídicas e, de igual modo, sobre qual direito será aplicado no caso concreto, o que exigiria do órgão competente a aplicação da norma de reconhecimento na indicação do caminho jurídico a ser observado.

Para a difusão desses padrões de comportamento, Hart (2018, p. 161) identifica duas estratégias, distinguindo-as pelo critério do uso maximizado ou minimizado de termos

²⁶ Guastini (2005, p. 146) utiliza a expressão *trama aberta*.

²⁷ Grau (2021, p. 37) indica que a interpretação do texto legislativo é uma operação de caráter linguístico que busca extrair significados de significantes contidos no texto legislado. Nesse sentido, o texto normativo é uma arte alográfica, pois *não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A completude do texto somente é realizada quando o sentido por ele previsto é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete* (p. 38).

classificatórios gerais. A primeira é a legislação, consistente na versão em linguagem de padrões de comportamento esperados, já a segunda é o precedente judicial, que bem retrata a solução jurídica adjudicada a um exemplo de conduta extraído de um acontecimento concreto.

Em relação à primeira forma de comunicação do direito, a legislação, há um reconhecimento de que os termos genéricos não são suficientes para prever toda as possibilidades que a riqueza da vivência humana pode produzir, de modo que, conforme Hart (2018, p. 165), *a linguagem da norma agora parece apenas assinalar um exemplo vinculante, isto é, aquele constituído pelo caso evidente*, motivo pelo qual as regras não podem, segundo Struchiner (2002, p. 68) serem conhecidas de forma absoluta, pois não podem ser verificadas em todas as situações.

Explorando essa limitação da linguagem, Guastini (2005, p. 146) afirma que

dada uma certa norma, existem: (a) casos particulares que seguramente caem no seu campo de aplicação; (b) casos particulares que seguramente ficam fora de seu campo de aplicação; e, enfim, (c) casos particulares em relação às quais a aplicabilidade da norma é dúbia, incerta, discutível, contestada.

O autor italiano explica então (2005, p. 147) que as hipóteses *a* e *b* estão no que denomina de zona de luz e a hipótese *c* está na zona de penumbra. Diante desse sistema de certezas, como deve proceder o intérprete diante de um caso particular que se encontre no que Hart denominou de zona de penumbra da dúvida:

Todas as normas envolvem o reconhecimento ou classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais e, no que diz respeito a tudo que dispomos chamar de norma, é possível distinguir casos claros, nucleares, aos quais ela certamente se aplica, de outros, onde há razões para se afirmar quanto para se negar que a mesma seja aplicável. Nada pode eliminar essa dualidade entre um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito de normas gerais (2018, p. 158).

Para Bahia (2017, p. 83) Hart se utiliza da expressão textura aberta do direito para indicar a *existência de situações concretas não reguladas pelo Direito, situações essas que abrem possibilidades para que casos sem respostas legais passem a ser regulamentados pelos aplicadores do Direito.*

Diante dessa situação, postula Hart (2018, p. 165) que deve o intérprete examinar a situação em busca de semelhanças com um objeto conhecido e contido na zona de luz, verificando se há semelhanças que com ele guardem suficiente relação de pertinência para justificar o reconhecimento de que são objetos familiares e, portanto, devem receber o mesmo tratamento jurídico.

A escolha do intérprete na seleção dos critérios de semelhança é informada pela sua discricionariedade e, inevitavelmente, qualquer que seja a resposta encontrada ela será fruto de uma espécie de escolha²⁸.

O conceito de discricionariedade e a possibilidade de interpretação do direito, inclusive quanto ao seu alcance e composição, é o cerne da discussão entre Hart e Dworkin²⁹, especialmente quanto à possibilidade da incorporação de princípios ao conjunto de normas entendido como direito e à possibilidade de se encontrar, diante da lacuna do direito, uma resposta correta. A discussão será retomada no próximo capítulo.

O segundo modo de transmissão de padrões de comportamentos é o precedente judicial, e encerra uma quantidade minimizada de termos genéricos de linguagem, mas de caráter universalizável.

Percebe-se, de saída, que o foco do precedente é distinto do objetivo da legislação, na medida em que busca resolver uma disputa surgida em situação fática já concretizada ao invés de regular comportamentos futuros. Essa distinção desvela uma natureza do precedente mais próxima dos fatos que permite a redução do uso de termos normativos genéricos na sua formulação.

Paula (2019, p. 68), assevera que *a falta de clareza da lei é contornada por meio da adoção de precedentes judiciais, já que a variedade de condutas resultantes das muitas interpretações judiciais possíveis de um texto obscuro é superada pela unidade conferida pelo precedente judicial*.

Nessa senda, é compreensível que Hart (2018, p. 162) tenha optado por associar a transmissão de padrões de comportamento pelo meio de exemplos aos resultados experimentado dos usos do precedente judicial³⁰.

²⁸ Não se desconhece que para H.L.A. Hart, na obra *O Conceito de Direito*, essas hipóteses de discricionariedade, quando atribuídas ao Poder Judiciário na solução do caso concreto, seriam uma forma de suprir as lacunas do direito, bem como que essa proposta é objeto de críticas doutrinárias dos mais diversos espectros. A amplitude da discussão, contudo, escapa ao objeto de estudo proposto, pelo que se deixa de perseguir essas outras veredas.

²⁹ Bahia (2019, p. 117) diagnostica que: *Para o Dworkin, o positivismo jurídico funcionaria bem nos casos gerais (soft cases). A dificuldade, entretanto, se encontra no que ele chama de casos difíceis (hard cases), considerados aqueles que integram exatamente a zona de penumbra propiciada pela textura aberta do direito. Nesses casos, em que nada parece estar pré-definido, é que o jusfilósofo estadunidense passará a defender a coadunação dos valores de uma comunidade com os precedentes das decisões judiciais, de modo a dar origem aos princípios. Estes, ao submergirem à realidade do ordenamento jurídico, passarão a servir como padrões de orientação aos juízes, reduzindo a discricionariedade judicial e, por consequência, restringindo o âmbito de abertura do direito. Sob a perspectiva dworkiniana, o maior equívoco das teorias positivistas seria a não aceitação de uma ordem principiológica capaz de colmatar aqueles espaços abertos muitas vezes não preenchidos pelas regras*.

³⁰ O exemplo adotado por Hart é o do homem que busca ensinar seu filho, por meio do exemplo, a tirar o chapéu quando entra na igreja.

No campo da aplicação dos precedentes, por meio do raciocínio analógico³¹, também é possível a identificação de situações concretas nas quais há certeza da aplicabilidade de um determinado precedente (tais como cobrança de tarifas a maior em contratos de massa) e, também, hipóteses nas quais resulta inequívoca a sua inaplicabilidade (o matador de aluguel invoca regras de adimplemento contratual para se exonerar da responsabilidade civil do homicídio).

Cumprе averiguar, uma vez mais, o desempenho da tarefa de aplicação dos padrões de comportamento contidos nos precedentes diante de casos que, *a priori*, não podem ser imediatamente resolvidos.

A solução também perpassa pela análise dos dados do processo na busca de semelhanças necessárias e suficientes para permitir que a decisão anterior possa ser renovada no caso presente, como expõe Struchiner (2002, p. 47). Entre as diversas formas de se conduzir essa análise analógica, o autor carioca indica a forma de predicado factual de Frederick Schauer (2002, p. 183), assim exposto: *O que distingue o raciocínio por precedentes do raciocínio por regras, contudo, é a necessidade no raciocínio por precedentes de se construir uma generalização/predicado factual que já existe no caso de uma regra*³².

O conceito de predicado factual é exposto no estudo de normas prospectivas e consiste na sua hipótese, ou seja, no conjunto de situações fáticas que desencadeiam uma resposta jurídica pré-determinada³³, assemelhando-se a uma generalização.

A partir desse predicado factual é possível ao operador do Direito realizar um juízo de analogia para buscar as semelhanças necessárias para permitir, ou rejeitar, a aplicação do precedente analisado ao caso atual.

Atente-se para a possibilidade de que dois ou mais precedentes, que sabidamente defendem valores distintos do ordenamento jurídico, podem ser invocados na análise de semelhança com o caso concreto, por razões distintas, admitindo-se também ser viável encontrar semelhanças suficientes que autorizem, em tese, a aplicação de mais do que um precedente no caso atual.

Ao fim e ao cabo, o que se busca é encontrar uma categoria, de pessoas ou de atos, que esteja já definida e com a qual o objeto em estudo guarde um conjunto de semelhanças

³¹ Struchiner (2002, p. 44).

³² Tradução livre a partir do original: *What distinguishes reasoning from precedent from reasoning from rule, however, is the necessity in precedential reasoning of constructing the generalization/factual predicate that already exists in the case of a rule.*

³³ Schauer (2002, p. 23).

necessárias e suficientes para ser classificado como familiar, como pertencente à mesma família. Encontrada essa semelhança, opera-se de forma positiva o raciocínio analógico e a aplicação do precedente judicial.

Essa latitude de interpretações é o que leva Hart (2018, p. 166) a entender que os precedentes também são informados por uma textura aberta.

Há uma conclusão importante neste ponto. Não há diferença significativa entre o processo de aplicação da legislação ao caso concreto – no caso, uma regra prescritiva – e de um precedente judicial, em razão da natureza de seu predicado factual. No ponto, Schauer (2022, p. 181) indica haver uma afinidade entre ambas as técnicas de raciocínio e Struchiner (2002, p. 71) afirma que *as diferenças entre a aplicação dos precedentes judiciais e das regras legais escritas desvanece*.

É inescapável a conclusão de que há uma sobreposição entre as zonas de penumbra derivadas da legislação e dos precedentes, até mesmo porque a dúvida quanto à qual norma a ser aplicada importa no ajuizamento do processo e, onde aplicável, o precedente judicial. É de igual valia perceber que a trama aberta dos precedentes, insuficiente para extirpar todas as lacunas do sistema jurídico, tem o condão de aumentar, pouco a pouco, a zona de luz da legislação, em constante prestígio à segurança jurídica.

A mesma qualidade de textura aberta dos precedentes que permite a extração de diferentes predicados factuais indica que não há um caminho previamente definido ou sabidamente correto para essa tarefa, de modo que seu produto será condicionado à atividade de interpretação.

Ou seja, é admissível que da leitura de um precedente, ou mesmo de um conjunto de precedentes, cada intérprete possa extrair um predicado factual e, mais ainda, que nenhum deles guarde relação com os demais, sem que isso represente uma falha estrutural do sistema de precedentes.

Incumbe, então, identificar uma forma de balizar esse método de análise dos precedentes para que sejam obtidos resultados, ao menos em princípio, mais uniformes, tarefa que se busca burilar no próximo capítulo.

3. O ART. 926 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

3.1. HÁ UMA RELAÇÃO ENTRE DWORKIN E O ART. 926 DO CPC?

Por que se confere relevo ao artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil em detrimento, por exemplo, dos artigos 489, § 1º, e 927, do mesmo diploma?

O motivo é haurido da finalidade desses dispositivos normativos. Ao passo em que o artigo 926 impõe aos tribunais pátrios o dever de *uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*, os outros dois artigos versam comandos a quem profere uma decisão, na condição de presentante do Estado-juiz, determinando a observância de elementos mínimos de fundamentação.

Há, inclusive, norma contida no artigo 927, § 1º, no sentido de que *os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo*. Extrai-se dessa leitura que as balizas previstas para a produção de decisões servem de lastro para a uniformização da jurisprudência dos tribunais.

A distinção, em princípio, já indica o motivo de se prestigiar o estudo do artigo 926 do Código de Processo Civil, qual seja, a compreensão de como a uniformização da jurisprudência se concretiza, especialmente sob o prisma das qualificações que o legislador entende necessárias para esse desiderato: jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Anote-se, para futura retomada, que os dispositivos mencionados, até onde se tem conhecimento, não foram objeto de decisões judiciais ou legislativas que lhes retiraram a validade e eficácia no sistema jurídico nacional. Ao contrário, são amiúde mencionados em decisões e acórdãos nacionais, o que indica a sua aceitação pelas cortes, autoridades e particulares, como norma integradora do sistema³⁴.

Ressalte-se, inclusive, trecho da ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 655265, no qual se lê:

4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A

³⁴ Ainda que não se tenha notícias, até o presente momento, de que os mencionados dispositivos foram expressamente rechaçados pelos integrantes do Poder Judiciário nacional, ou pelas autoridades e particulares, o que indica a sua aceitação como normas válidas do sistema pelo ponto de vista interno, no vértice do ponto de vista do observador externo, quiçá, possa-se concluir, à luz da jurisprudência nacional, que os ditos artigos não foram aceitos pelos participantes do sistema jurídico.

vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). (RE 655265, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-164 DIVULG 04-08-2016 PUBLIC 05-08-2016).

Apreendida a resposta à pergunta introdutória do tema, cumpre anotar que não se relega à obscuridade a importância das técnicas de argumentação jurídica necessárias à produção de decisões harmônicas com os mencionados artigos 489 e 927, do Código de Processo Civil, porém, o foco deste estudo joga luzes na atuação das cortes na manutenção de sua jurisprudência uniformizada.

Retomando a leitura do artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil, em uma passada de olhos mais ligeira, poder-se-ia entender que o texto do dispositivo legal – *Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.* – ao se valer dos termos íntegra e coerente como qualificadores da jurisprudência, indicaria um alinhamento automático da legislação à teoria do Direito como Integridade, proposta por Ronald Dworkin³⁵, com destaque para o livro “O Império do Direito”³⁶.

Em adendo, Lopes Filho narra que a redação original do dito artigo, na fase de tramitação legislativa do Código de Processo Civil, determinava apenas que os tribunais uniformizassem sua jurisprudência e a mantivessem estável. Contudo, após críticas vertidas por Lenio Streck, houve a adição dos deveres de integridade e coerência como qualificadores da jurisprudência dos tribunais, por meio do que ficou conhecido como “emenda Streck” (2020, p. 311).

É interessante anotar que Lenio Streck é defensor da Crítica Hermenêutica do Direito, modelo de pensamento sobre o direito que articula pontos de convergência dos pensamentos de Ronald Dworkin e de Hans-Georg Gadamer (2019, p. 54-57).

Desse detalhe histórico se haure que há mais do que uma simples convergência de termos, pois como aponta Panutto (20117, p. 145) a integridade concebida no Código de

³⁵ Neste sentido: Didier Junior, Braga, Oliveira (2015, p. 476).

³⁶ Mais especificamente, no capítulo VII -*Integridade no Direito* (2014b, p. 271-331).

Processo Civil é inspirada em Dworkin. Já Cramer (2016, p. 126) assevera que há no dispositivo legal uma remissão, em alguma medida, ao dito filósofo. Contudo, e como sói, a questão não se resolve de maneira tão simples.

Isso porque a teoria do Direito como Integridade postula a existência da tese da resposta correta³⁷. Em razão dessa proposição teórica uma parcela da doutrina nacional rejeita a vinculação do Código de Processo Civil com a teoria de Dworkin.

Marinoni e Mitidiero (2016, p. 55) mencionam a questão como *conhecida e controvertida proposta existente a respeito na teoria do direito*, vindo a expor, contudo, que *a natureza duplamente indeterminada do direito e o seu papel de instância reguladora [...] sugerem justamente a inexistência de uma resposta que possa ser qualificada como unívoca para os problemas jurídicos* (2016, p. 60). Marinoni não arrefece na crítica, afirmando em outro texto (2019a, p. 86):

Aliás, o problema da teoria da resposta correta não está apenas na sua falta de preocupação em demonstrar em “razão de que” e “como” uma decisão pode ser correta ou verdadeira. Não há como admitir que exista, já infiltrada no direito em sua integridade e, assim, nos princípios, uma norma preexistente à interpretação judicial, que, portanto, deve ser apenas revelada pelo juiz. A interpretação-atividade, nesse caso, obviamente não pode prescindir da eleição valorativa de diretivas interpretativas e da própria valoração quando da aplicação das próprias diretivas.

A seu turno, Didier Junior, Braga e Oliveira (2015, p. 476 e segs.) também defendem ser inexistente a dita vinculação da legislação a uma proposta doutrinária, vindo a rejeitar expressamente a adoção da teoria da resposta correta (2015, p. 484).

Anota-se, também, a crítica feita por Atala (2017, p. 101) no sentido de *quando da descoberta ou da criação da norma individual [...] tem o magistrado liberdade para adotar a equidade e/ou a justiça e, pior, atribuir a cada qual o conteúdo desejado. Assim, o resultado da “solução correta” não é garantido.*

Em relação às críticas feitas à proposta da única resposta correta, Dworkin as classificou como críticas do cético externo e do cético interno. As acima expostas são consideradas como ofertadas pelo cético externo. Retornar-se-á ao tema quando exposta a metáfora do romance em cadeia.

O contraponto feito quanto à tese da resposta correta pode ser encontrado em Oliveira (2009, p. 91) ao asseverar que a tese *não trata de afirmar que, semanticamente, qualquer juiz*

³⁷ A exposição alongada da proposta teórica está no livro *Levando os Direitos a Sério*, no Capítulo V – *Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?* (2017, p. 175-216).

*chegaria a uma mesma resposta, nem mesmo a exigência para se chegar, ainda que aproximadamente, a uma solução ideal*³⁸.

No mesmo sentido, Nunes, Pedron e Horta (2017, p. 335) pinçam da leitura de Menelick de Carvalho Neto e Guilherme Scotti proposição de que:

[o] argumento de Dworkin no sentido de que haveria apenas uma resposta correta para cada caso consiste em antes uma postura hermenêutica a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta a partir de argumentos de princípios do que um método ou procedimento mecanicista proveniente de um mandamento inscrito a priori nas normas gerais e abstratas, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta podem ocorrer entre os juízes, advogados, cidadãos etc.

Acrescente-se a posição de Alvim e Dantas (2018, p. 83):

Temos insistido na ideia de que cada caso comporta uma só decisão que seja tida como correta. Embora, de um lado, tenhamos consciência de que essa regra comporte exceções, de outro, temos absoluta convicção de que deve sempre nortear a atitude do juiz ao buscar a forma de resolver o caso que se coloca sob sua apreciação. O juiz deve ter como pano de fundo a regra de que só há uma decisão correta para aquele caso: trata-se de um pressuposto operativo de funcionamento ou operabilidade do sistema. No mesmo sentido, Ronald Dworkin: A decisão judicial 'é escrita de modo a parecer assegurar a uma das partes (a que venceu) que lhe cabe um direito preexistente a ganhar a causa, mas esta ideia seria só uma ficção'.

Em princípio, concorda-se com a percepção de que o conjunto de parâmetros proposto por Dworkin pode conduzir diferentes intérpretes, diante da mesma situação concreta, a concluírem por diferentes respostas como sendo a resposta certa, como apontou Marinoni.

Pondera-se, entretanto, que a teoria defendida por Dworkin reconhece no direito uma prática argumentativa focada na política e na ética, além de comprometida com a ideia de direitos pré-existentes (Tovar, 2020, p. 130-131).

Rememore-se, ainda, que o estadunidense está inserido em um sistema jurídico de *common law*, e que apesar de adotar uma Constituição como norma fundamental do sistema, reconhece o papel essencial dos precedentes na construção do direito, como um todo, e dos direitos individuais.

Nesse prumo, a descoberta da resposta correta é uma atividade que somente pode ser entendida como argumentativa, com a participação do Estado-juiz e dos interessados, tal qual

³⁸ O autor arremata (2009, p. 92), então, que a tese da única resposta correta é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como interpretativas e auto-reflexivas, críticas, construtivas e fraternas, em face do Direito como integridade, dos direitos individuais compreendidos como triunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é metafísica, mas moral e jurídica.

a prática do Direito, ocorrida dentro de um sistema jurídico organizado para sua produção por meio de precedentes.

Observadas essas particularidades, revela-se sensato o ponto defendido pela segunda corrente de autores mencionada ao reconhecer que a resposta certa não consiste em uma única resposta, mas em caminho interpretativo municiado de coerência e integridade.

A escolha é feita em razão da compreensão sobre integridade, especialmente sobre o que é agir com integridade, que será apresentada mais à frente, escorada em lição de Hershovitz, mas que não se adianta em favor da coerência da narrativa apresentada.

Adota-se, a partir desse ponto, a compreensão de que a tese da resposta certa retrata uma prática a ser observada pelo Estado-juiz na tomada da decisão.

É certo que o debate acadêmico continuará sobre o tema, porém, uma vez esclarecidas as posições mais destacadas, é possível prosseguir na leitura e compreensão dos termos coerência e integridade, contidos no artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil, adotando-se, na extensão exposta, a teoria do direito como integridade.

Cumprido registrar, neste ponto, o alerta feito por Viana e Nunes (2018, p. 270-271) ao analisar a forma de interpretação dos termos coerência e integridade, pois estes termos têm um significado dentro da teoria de Ronald Dworkin, sendo arriscada a sua simples conversão em princípios, expondo os autores, ao final, seu receio de que se opere uma

*conversão da integridade dworkiniana, com claro lastro democrático, em algo perverso, como num “princípio da integridade e estabilidade da jurisprudência” [...] significando o neologismo a abusiva invencionice de princípios jurídicos, às vezes, sem nenhum vínculo com a normatividade*³⁹.

³⁹ É interessante a ponderação desses autores, que se transcreve por inteiro (2018, p. 270-272):

É possível que se instale uma controvérsia doutrinária e também jurisprudencial sobre os deveres retromencionados [coerência e integridade], pois, como condição necessária ao intérprete, deve-se definir, de modo mais certo, o seu alcance. Ainda, há que se verificar se o dito dever não constituiria, na verdade, premissa, técnica ou mesmo princípio. O (re)enquadramento dos ditos deveres como princípios pode ser arriscado e um tanto equivocado, notadamente se for ignorado o vínculo à teoria da integridade e coerência de Dworkin, pois nela as palavras significam algo. O receio que se tem é que ocorra a conversão da integridade dworkiniana, com claro lastro democrático, em algo perverso, como num “princípio da integridade e estabilidade da jurisprudência”, na trilha daquilo que Lenio Streck denomina panprincipiologismo, significando o neologismo a abusiva invencionice de princípios jurídicos, às vezes, sem nenhum vínculo com a normatividade.

Nessa hipótese, num país como o Brasil, no qual a padronização decisória possui inestimável valor aos magistrados, torna-se intrinsecamente perigosa a eleição dos deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência à condição de princípios jurídicos, transformando-se em triunfos à disposição do decisor, capazes de justificar qualquer decisão contrária à modificação dos “precedentes”. O cenário torna-se ainda mais aterrorizante se o leitor conseguir visualizar o modo pelo qual os princípios podem ser balanceados, otimizados ou ponderados, sendo os critérios de balanceamento, otimização ou ponderação verdadeiras ferramentas ou cortina de fumaça, com o claro objetivo de permitir a justificação enviesada da decisão.

Portanto, o desenho pelo qual se configurariam a uniformização, a estabilidade, a integridade e a coerência como princípios poderia servir de escudo a favor da aplicação de comandos oriundos da padronização decisória em um sem-número de decisões – por exemplo, a improcedência liminar do pedido ou a negativa

3.2. DO POSITIVISMO DE HART AO DIREITO COMO INTEGRIDADE

3.2.1. Um pequeno esboço do entendimento de Dworkin sobre o Direito

O tema da integridade permeia a obra de Ronald Dworkin, sendo possível encontrar no conjunto de suas obras diversas passagens nas quais o autor expõe o que pensa ser a integridade. Interessante anotar, como apontou Tovar (2020, p. 127) que Dworkin, na condição de filósofo, não apresenta ideias puramente jurídicas, mas sim ideias com uma *imbricação entre direito e política*.

Sob essa premissa, Macedo Junior (2013, p. 210) reporta que o Direito é uma prática interpretativa, *porque o seu significado enquanto prática social normativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem. Ele não um sistema de regras tout court*. Mais do que isso, essa natureza específica tem uma característica⁴⁰ que, para Dworkin, *escapa aos olhos arquimedianos⁴¹ das teorias rivais. Para ele as práticas jurídicas ocorrem dentro de um contexto e impactam esse contexto. Esse impacto contextual é medido e avaliado em termos morais. Por esse motivo, o conceito de direito é um conceito político* (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 211).

Seguindo essa associação do Direito com a política, o estadunidense anuncia defender uma proposta de teoria liberal do Direito (2017, p. VII).

Sobre o tema, é salutar lembrar que nos Estados Unidos da América o liberalismo moderno consiste, como afirma Starr (2017, p. 34-35) na rejeição do modelo econômico do

monocrática de provimento do recurso com a aplicação – olvidando-se do propósito genuíno da existência dos princípios jurídicos, na medida em que estes devem funcionar como pontos de junção de processos democrático-discursivos contínuos, com o objetivo de promover a correção normativa, dada a equivocidade e indecidibilidade inerentes ao sistema composto por enunciados legais (textos), incapazes de implementar autorreferenciamento.

⁴⁰ Anote-se que essa é a segunda característica apontada por Dworkin para a prática argumentativa do direito em relação à verdade. A primeira consiste na ideia de levar a sério os argumentos produzidos judicialmente pelos participantes do jogo jurídico-argumentativo, assumindo que eles entendem presente um valor de verdade para os argumentos deduzidos nos tribunais (Macedo Filho, 2013, p. 211).

⁴¹ A denominação arquimediano é apresentada por Dworkin em artigo denominado *Objectivity and Truth: You'd better believe it* (1996, p. 88). Em síntese, o arquimediano é o cético externo que se coloca fora de um corpo de crenças e o julga, como um todo, a partir de premissas ou condutas que com ele não se relacionam, assumindo que uma parte do seu próprio sistema de argumentações e crenças é objetivamente verdadeiro e válido. Assim, utilizam-no como ponto de apoio – daí a referência a Arquimedes de Siracusa – para imporem seus valores no sistema escrutinado. Dworkin os classifica em dois tipos: O cético externo completo, que combate a ideia de objetividade sobre qualquer coisa, e o seletivo, que aceita a verdade para proposições descritivas, mas a nega para proposições valorativas, como as morais.

Ainda no tópico, Dworkin reforça (2014b, p. 75) que *a situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na ideia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas*. O tema é retomado por Dworkin em “Justiça de Toga”, no capítulo 6 – O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política (2010, p. 199-207).

laissez-faire, mas encampa a defesa de liberdade religiosa, liberdade de pensamento e expressão, o princípio da separação de poderes, a independência da sociedade civil e os direitos de propriedade privada, adotando uma ótica de igualdade⁴².

No ponto, como indica Tovar (2020, p. 129) Dworkin tem como elemento nuclear de sua visão do liberalismo que *os indivíduos possuem direitos, não porque a legislação lhes confere, tampouco porque eles estão definidos por natureza, mas sim pelo fato de estes se encontrarem definidos por convenção*.

Em seu último livro – “A Raposa e o Porco-Espinho” – Dworkin desbastou o conceito, vindo a afirmar que o Direito é um ramo, uma subdivisão da moral política, também chamada de moralidade política⁴³. Afirmou, também, que a moral política deflui da moral pessoal e que esta, por sua vez, decorre da ética (2014, p. 620). Assim é descrita a relação de derivação:

A ética estuda como as pessoas devem administrar sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal, o que cada qual, como indivíduo, deve aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial. (2014, p. 500)

Outro elemento que foi apurado por Dworkin em sua última obra se revela na atribuição ao conceito de Direito de um caráter interpretativo, haurido sob os auspícios da *tese da unidade de valor, na qual se integram os diferentes departamentos de valor, dentre os quais, a moralidade política* (MOTTA, 2018, p. 186-187).

A proposta exige um pouco de reflexão. Dworkin sustenta que os conceitos interpretativos agasalham valores e que a sua interpretação exige, portanto, o reconhecimento

⁴² A passagem do texto elucida o contraste entre o liberalismo clássico e o liberalismo moderno: *Liberalism is notoriously difficult to define. the term has been used to describe a sprawling profusion of ideas, practices, movements, and parties in different societies and historical periods. Often emerging as a philosophy of opposition, whether to feudal privilege, absolute monarchy, colonialism, theocracy, communism, or fascism, liberalism has served, as the word suggests, as a force for liberation, or at least liberalization -- for the opening up of channels of free initiative.*

As a political philosophy in the Anglo-American world, liberalism has two primary senses. In its broader meaning, it refers to the fundamental principles of constitutional government and individual rights shared by modern liberals and conservatives, though often differently interpreted by them. This tradition of constitutional liberalism—classical political liberalism—emerged in the 17th and 18th centuries, culminated in the American and French revolutions, and continues to provide the foundation of the modern liberal state. The classical liberals generally stood for religious liberty, freedom of thought and speech, the division of governmental powers, an independent civil society, and rights of private property and economic freedom that evolved in the 19th century into the doctrine of laissez-faire.

Modern democratic liberalism developed out of the more egalitarian aspects of the tradition and serves as the basis of contemporary liberal politics. The relationship between liberalism in these two phases has been predominantly cumulative: While rejecting laissez-faire economic policy, modern liberalism continues to take the broader tradition of constitutional liberalism as its foundation. That is why it is possible to speak not only of the two separately but also of an overarching set of ideas that unites them (2007, p. 34-35).

⁴³ Dworkin (2014, 199).

e valoração do conteúdo desse valor (2014a, p. 12), e aqui surge a dificuldade: As pessoas compartilham a identificação de um determinado valor em um conceito específico, mas podem divergir, como de fato divergem, intensamente quanto ao conteúdo desse valor ou, ainda, *qual resposta seria exigida ou justificada por uma correta atribuição do conceito* (2014, p. 244).

Nessa ordem de ideias Motta aponta que, segundo Dworkin

as controvérsias jurídicas substantivas não são um diálogo de surdos, em que cada um dos debatedores defende um conceito diferente de direito [...]. São discussões sobre o conteúdo do direito, e que, somente são possíveis porque os juristas compartilham um conceito de direito no sentido interpretativo (2018, p. 185).

Trazendo a discussão para um exemplo, há uma concordância geral entre todos os eleitores e candidatos de que a normalidade e a legitimidade das eleições são valores que não podem ser maculados e devem ser defendidos contra atos de abuso de poder. É amiúde, contudo, que o eleitorado de comunidades menores se divide em reconhecer que os atos praticados pelo candidato José constituem, ou não, abuso de poder e, igualmente corriqueiro, que essa divisão populacional projete resultado diametralmente oposto quando analisados os atos de campanha do candidato adversário, João.

A compreensão de que as divergências quanto ao conteúdo do Direito são divergências valorativas (MOTTA, 2018, p. 186), atrai a exposição do que Dworkin denominou de agulhão semântico (semantic Sting⁴⁴). A exposição sintética do conceito é feita por Macedo Junior (2013, p. 181):

Essa imagem é utilizada para designar a razão “filosófica” pela qual os positivistas exigem que os fundamentos do direito (grounds of law) sejam determinados por consenso (isto é, um fato do mundo). A hipótese levantada é de que esse tipo de exigência assume tacitamente uma semântica criterial (e fiscalista), segundo a qual somente compartilhamos conceitos se também compartilhamos os critérios para a sua correta aplicação. Isso implicaria que as sociedades deveriam compartilhar dos mesmos fundamentos (consensuais) do direito para poderem usar o mesmo conceito de direito. O problema, para Dworkin, é que esse tipo de semântica criterial não é capaz de explicar adequadamente os desacordos teóricos. Para ele, o positivismo fracassou em sua explicação do significado das controvérsias jurídicas porque foi vítima do mencionado agulhão semântico (semantic sting).

Acolhida a premissa de que as divergências são valorativas, logo, desvinculadas de um elemento consensual fático, a questão se mostra interessante porque se detecta uma concordância quanto a *casos paradigmáticos do conceito* [interpretativo], e quanto aos *casos*

⁴⁴ Dworkin expõe o conceito de agulhão semântico em “O Império do Direito” (2014b, p. 55-56), sugerindo-se a leitura do trecho.

paradigmáticos de reações apropriadas àqueles que permite a defesa, junto a quem compartilha esses valores, de que essa tese de valor é a que melhor justifica os paradigmas em comum (DWORKIN, 2014, p. 244-245).

Constata-se, assim, uma harmonia entre a proposta do filósofo norte-americano com a teoria dos jogos de linguagem proposta por Wittgenstein, e acima mencionada. Por certo que a proposta de Dworkin acrescenta uma camada de complexidade ao reconhecer que não basta a compreensão sobre o significado da palavra, de modo a permitir a comunicação, existindo, enfim, uma comunhão de compreensão quanto ao teor e conteúdo de um valor que permite a construção interpretativa de conceitos.

É pertinente a impressão de Moreira (2016, p. 59-60) no sentido de que *ao defender uma teoria do valor como teoria de interpretação, Dworkin transfere o ponto central da atividade interpretativa para a própria atividade interpretativa. O arremate aponta que a verdade se sustenta não mais em razão de um fato externo e comum, como presunções de intenções alheias, mas sim no valor atribuído às práticas sociais compartilhadas, alcançadas através da argumentação.*

Diante dessa característica, Dworkin reconhece que a interpretação é informada por uma teia complexa de convicções de fundo, não necessariamente vinculadas ao objeto, mas que informam a percepção do sujeito quanto ao objeto, e que seria desenvolvida no curso da explicação. Há, assim, uma necessária relação entre o sujeito e o valor que busca exprimir, que é inevitavelmente complexa, controversa – quando exposta aos seus pares (Dworkin, 2014a, p. 202).

É por isso que Moreira conclui *que a interpretação não é um mero ato de atribuir valores, mas também de ser influenciado por eles, desencadeando uma reinterpretação constante e evolutiva, visando a integração de ideias interpretativas concretas, dentro da perspectiva de responsabilidade que todos têm o dever de promover* (2016, p. 62).

Em outras palavras, o valor é a chave moral da interpretação, de modo que *um fato, por si só, não representa nada para a comunidade se ele não for interpretado, segundo um juízo moral, o que só transparece através dos valores a ele atribuídos* (Moreira, 2016, p. 63). Constata-se aqui, uma vez mais, o encaixe da proposta teórica à concepção pragmática da linguagem, acrescida da mencionada camada do valor.

A interpretação do significado de determinado valor é haurida pelo seu uso em sociedade, permitindo a sua aplicação e mesmo o seu aprimoramento em razão do uso

continuado e contestado, de modo similar ao que se identifica nos jogos de linguagem como instrumentos de redução das zonas de penumbra decorrentes da textura aberta da linguagem.

A diferença, repete-se, é que esse ajuste interpretativo de significado ocorre, também, na conceituação do conteúdo do valor agasalhado pelo significante.

Dworkin reconhece que sua teoria do valor esmaece a distinção entre duas perguntas: O que um objeto significa? Que tipo de valor esse objeto tem, em si mesmo ou para nós? A proposta de solução perpassa a compreensão de que em razão da constatare mudança do conjunto de valores vivenciada pelo intérprete pode haver uma distinta compreensão quanto ao valor do objeto em sociedade e, a partir dessa modificação, haveria uma mudança na compreensão individual do objeto (2014, p. 204).

Entende-se que a proposta permite retratar o caráter de constante reconstrução do Direito por meio de novas formas de sua interpretação, frutos de um debate constante quanto à interpretação de valores nele contidos. A iniciativa da nova proposta de interpretação pode surgir de uma voz isolada e vir a converter a posição majoritária estabilizada no caso paradigmático do conceito e, a partir desse novo paradigma, influenciar novas posições individuais que, a seu turno zetetico, promoverão novas discussões de interpretação.

A proposta confere um caráter vivo ao Direito, resultado de constante atividade interpretativa apta, a depender das condições de uma determinada sociedade, a representar a evolução dos padrões de comportamento ético, da moralidade pessoal e da moralidade política.

Essa compreensão bem serve ao Direito como Integridade e às necessidades de atuação judicial diante dos casos difíceis, especialmente no campo da identificação de novos paradigmas jurídicos válidos – conforme a perspectiva do observador interno na norma de reconhecimento – para a diminuição da incerteza decorrente da textura aberta do Direito, como se pretende demonstrar.

3.2.2. O Direito como Integridade – a construção teórica a partir da crítica de Hart

Propõe-se o estudo da integridade, especialmente pelo ângulo do debate entre Hart e Dworkin, pois se mostra útil para a compreensão do chamado “ataque geral ao positivismo” (*general attack*⁴⁵) permitindo a identificação do que, em princípio, demonstraria um elo

⁴⁵ A expressão foi cunhada pelo próprio Dworkin (2017, p. 35): *Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L.A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário.* Dworkin apresenta três teses contra o positivismo (2017, p. 27-28), assim resumidas por Shapiro (2018, p. 258): (1) “O direito de uma comunidade pode ser identificado e distinguido por um critério específico, através de testes relacionados não ao seu conteúdo, mas sim à seu pedigree ou à maneira que eles foram adotados ou desenvolvidos”. (2) “O conjunto dessas regras jurídicas válidas está exhaustivamente previsto ‘na lei’, de tal forma

evolutivo entre as duas perspectivas sobre o Direito e que, mais tarde, servirá de lastro para as conclusões deste estudo.

Exposto o pensamento de Hart no capítulo passado, é importante fixar, de saída, que para Dworkin a integridade é um valor *político*, a partir do qual se estabelece as bases da legitimidade do poder estatal (Bustamante, 2018, p. 115), além de repercutir nos planos da atividade legislativa e da atividade judicial. A distinção entre estes dois últimos se sumariza em:

Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. (2014b, p. 203).

Em razão do direcionamento do foco deste estudo estar sob o uso dos precedentes judiciais, analisa-se apenas a vertente jurídica do direito como integridade⁴⁶.

A proposta do direito como integridade, em sua vertente judicial, não encerra tarefa simples ou de ligeira obtenção.

que se a situação de alguém não está claramente contemplada por tal regra (porque não há nenhuma regra que pareça ser apropriada ou porque aquelas que parecem apropriadas são vagas ou ainda por qualquer outro motivo), então o caso não pode ser decidido por mera 'aplicação da lei'. Deve ser decidido por algum agente público, como um juiz, no 'exercício de seu poder discricionário'." (3) "Dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica" significa dizer que o caso é abrangido por uma regra jurídica válida que requer que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa".

O foco do presente estudo busca iluminar a percepção de que incumbe ao intérprete, no exercício do ponto de vista interno, reconhecer quais as fontes válidas de normas jurídicas no sistema, condição que não resta impedida por se agregar os princípios jurídicos, sob a forma e nos moldes propostos por Ronald Dworkin, como inclusive defende Hart (2018, p. 340-345). Mais ainda, esse juízo positivo de reconhecimento permitirá, mais a frente – pretende-se demonstrar – a utilização de precedentes judiciais como tecido de fundo para que os operadores do direito fechem, paulatinamente, a trama aberta do Direito, conferindo segurança jurídica ao sistema. Em razão dos contornos da proposta, não serão examinadas as teses nº 1 e 3 acima transcritas. Sugere-se a leitura de: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 3ed., 2017, capítulos 2 e 3; SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin”: um pequeno guia para perplexos. In: COELHO, André, MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (orgs). **Interpretando o Império do Direito**: Ensaio crítico e analítico. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2018, p. 254-289; STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismo interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 54-87, Jan.-Abr., 2018 - ISSN 2238-0604. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2451>. Disponível em <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em 04 dez 2021; e MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁶ Dworkin expõe a sua análise da integridade no capítulo VI – Integridade, da obra “O Império do Direito”. Sugere-se, igualmente, a leitura de BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A Integridade e os fundamentos da Comunidade Política. In: COELHO, André, MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (orgs). **Interpretando o Império do Direito**: Ensaio crítico e analítico. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2018.

A compreensão da questão se inicia pela distinção adotada na obra de Dworkin entre os casos fáceis e os casos difíceis.

Os primeiros são aqueles para os quais há uma certeza difundida na comunidade jurídica sobre o direito a ser aplicado, vale dizer, está na zona de luz projetada pela textura aberta do Direito.

Já os segundos⁴⁷ perambulam a zona de penumbra projetada pela trama aberta do Direito, nos quais não há uma certeza sobre qual seria o direito aplicável à espécie, seja pela ausência de normas no sistema jurídico, seja em função de uma multiplicidade de normas aplicáveis concorrentemente.

Surge, aqui, um ponto fulcral do debate entre Hart e Dworkin que, para ser compreendido, perpassa primeiramente o conceito de discricionariedade.

Rememore-se que, nos denominados casos difíceis (*hard cases*), Hart defendia que havia espaço para atuação dos juízes de forma discricionária, porém, sem balizas de cariz normativo – não haveria regras primárias reconhecidas e aplicáveis ao caso concreto – para o resultado dessa empreitada.

No processo de contraposição de ideias iniciado por Dworkin em relação ao modelo de Direito proposto por Hart, também conhecido como “debate entre Hart e Dworkin”, o norte-americano inicia por afirmar que o conceito de *poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade* (2017, p. 50).

Dentro dessas balizas, distingue três concepções sobre discricionariedade, separando-as em duas em sentidos fracos e uma em sentido forte.

O primeiro sentido fraco indica que, *por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar* (2017, p. 51). Já o segundo serviria apenas para *dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário* (2017, p. 51).

Em ambos os conceitos há uma autoridade da qual emana o poder discricionário a ser exercido pelo funcionário. Igualmente se constata a necessidade de o funcionário exercer um

⁴⁷ Dworkin (2017, p. 127) anota que o *positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o "poder discricionário" para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Por contraposição, os casos fáceis são, justamente, aqueles nos quais a ação judicial pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição.*

juízo – capacidade de julgar, tomada de decisão – embora no primeiro conceito baste o uso dessa faculdade, no segundo essa faculdade é acrescida da inexistência de uma forma de revisão dentro da hierarquia na qual inserido o agente.

A diferença para o conceito de discricionariedade em sentido forte se torna evidente quando Dworkin afirma que *em certos assuntos, ele [o funcionário] não está limitado pelos padrões da autoridade em questão* (2017, p. 52). Vale dizer, há o afastamento completo da autoridade, de modo que o agente não está constricto por quaisquer limites ou regras⁴⁸. Vale dizer, quem decide com discricionariedade pode exercer aquela faculdade em razão de um conjunto de regras que o colocou naquela posição, mas, naquele momento discricionário, pode agir com liberdade⁴⁹.

Dworkin identifica no modelo de direito proposto por Hart a adoção do que denominou de conceito forte de discricionariedade e a ele se contrapõe, como explica Shapiro (2018, p. 261):

Dworkin nega, contudo, que os juízes devem exercer o que ele chama de discricionariedade ‘forte’, a saber, a ideia de que eles devem olhar para além do direito e aplicar padrões extrajurídicos para solucionar o caso em questão. Dworkin afirma que, uma vez que se reconheça a existência de princípio jurídicos, torna-se claro que os juízes são vinculados a padrões jurídicos até mesmo em casos difíceis.

O núcleo da discordância perceptível, ao menos quanto à extensão da discricionariedade, reside na amplitude do que é reconhecido como direito e, portanto, serviria como lastro para a tomada de decisão dos juízes em casos difíceis.

Nesse norte, é interessante notar que Dworkin, ao interpretar Hart, chegou à conclusão de que o sistema jurídico seria composto apenas de regras, excluindo-se os princípios, uma vez que, para Dworkin, Hart entendia que os juízes exerciam o poder discricionário, em seu conceito forte, quando confrontados com casos difíceis, ainda que se socorressem de princípios. Logo, concluiu o norte-americano, os princípios não integrariam o conjunto de normas com juízo positivo de reconhecimento⁵⁰.

⁴⁸ Esse espaço de discricionariedade não induz à licenciosidade e tampouco exime o agente de críticas, porém centradas no teor da sua decisão – prática de um erro – mas não de desobediência aos limites impostos pela autoridade ou que tenha importado em privação alguém de um direito (Dworkin, 2017, p. 54).

⁴⁹ Hart (2009, p. 351) *Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria o direito novo e lhe aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder.*

⁵⁰ Shapiro (2018, p. 263-264), comenta que Dworkin recebera muitas críticas por sua caracterização do modelo proposto por Hart, em passagem que se entende relevante: *Dworkin é frequentemente criticado por ter atribuído a Hart uma visão extremamente implausível, a saber, a de que o direito consiste tão somente em regras e não em princípios. Salienta-se geralmente que quando Hart falava de regra jurídica, ele não pretendia apontar apenas padrões “tudo-ou-nada” que não conflitassem entre si e carecessem da dimensão de sopesamento. Ele simplesmente pretendeu se referir a padrões que são vinculantes em um sistema jurídico específico, tendo como*

Essa conclusão do filósofo norte-americano sobre a proposta de Hart para o Direito serviu de anteparo, dentre outros, para a crítica formulada por Dworkin e centrada na sua compreensão de que o Direito é mais do que apenas o conjunto de suas regras, devendo encampar também um conjunto de princípios, escritos ou dedutíveis, na compreensão de sua estrutura e de sua amplitude, como ele mesmo explica:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (2014b, p. 291).

Como indicam Streck e Motta (2018, p. 64), pode-se mirar a distinção anotando que o positivismo proposto por Hart encerra, quando presente a decisão discricionária, um *novo elemento na legislação*, fruto da atividade discricionária do decisor diante do vazio de normas aplicáveis, e para Dworkin, em casos tais, *o juiz tem o dever de articular, com os princípios, argumentação que favoreça o direito das partes*.

Não fosse isso suficiente, Dworkin propõe ainda que há um constante diálogo entre o direito, já em sua concepção ampliada, com a própria teoria da moralidade política⁵¹ inserida no tecido formador do Estado e do Direito, e é desse diálogo que o julgador extrairá a solução, denominada por ele de resposta correta, diante de casos difíceis⁵².

A interlocução prosseguiu no pós-escrito de Hart em “O Conceito de Direito”, no qual o filósofo inglês concede que a questão dos princípios foi *abordada de passagem* no texto original (2009, p. 335), apresentando uma divergência conceitual quanto às regras “tudo ou nada” e os princípios - que denominou de princípios não conclusivos, além de defender que

função a orientação e a avaliação de condutas. No entanto, essas críticas não são completamente justas. A imputação de Dworkin a Hart, entendida de modo benevolente, foi um exercício de interpretação. Nessa leitura, Dworkin não estava relatando nada que Hart efetivamente disse; na verdade, ele tentava explicar a teoria da discricionariedade forte de Hart, atribuindo a ele uma visão que nunca havia expressado, mas que ainda assim mantinha. Por que, Dworkin se indagava, Hart acreditava que os juízes não são vinculados ao direito em casos difíceis, apesar de recorrerem a princípios para solucionar tais casos? Dworkin respondia: deve ser porque Hart não acreditava que tais princípios fizessem parte do direito. Se o direito consiste apenas em regras, então quando se esgotam as regras, também se esgota o direito.

⁵¹ Dworkin propõe que na busca pela resposta correta devem ser consideradas duas dimensões ao se analisar possíveis respostas: a primeira é a dimensão da adequação, consistindo, em síntese, que a melhor proposta jurídica seria aquela que indicasse o maior benefício ao maior número de pessoas; a segunda é a dimensão da moralidade política, na qual há propostas jurídicas igualmente boas e prevalece aquela que tem a melhor teoria política ou moral, ou seja, a que melhor apreende e garante os direitos já titularizados pelos cidadãos (Dworkin, 2019b, p. 213).

⁵² Dworkin introduz a figura do Juiz Hércules, apto a compreender a integridade do direito como integridade e de decidir os casos difíceis de acordo com a proposta da resposta correta. A discussão, por mais interessante que seja, não é objeto desse estudo.

toda regra tem, subjacente a si, um princípio, de forma que é possível contrastar os princípios subjacentes das regras com princípios⁵³ – arrematou: *Mas, ao usar a palavra “norma”, não pretendi absolutamente afirmar que os sistemas jurídicos incluem apenas normas do tipo “tudo ou nada” ou quase conclusivas* (2009, p. 339).

A proposta de Hart, contida sob o signo do positivismo, permite a Macedo Júnior (2013, p. 163), afirmar que a seu ver, *num certo sentido o positivismo jurídico efetivamente conseguiu mostrar como a existência de princípios num sistema jurídico por si só não constitui uma dificuldade especial para sua consistência interna.*

A resposta de Hart à Dworkin versou, ainda, a extensão de sua concepção de discricionariedade. Hart inicia por distinguir a atividade legislativa da atividade judicial discricionária, informando que nesta o juiz pode criar o direito, *mas não deve fazê-lo arbitrariamente; isto é, deve sempre ser capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores* (Hart. 2009, p. 352).

O último capítulo da discussão que se retrata é de Dworkin, em resposta a J. Raz, mas em verdade a resposta é extensível ao positivismo proposto por Hart, defendendo sua compreensão sobre regras e princípios e sobre a necessidade de se atribuir, a estes últimos, uma dimensão de peso (2017, p. 113-125).

Para Dworkin (2017, p. 36) primeiro deve-se distinguir o princípio de uma política, sendo essa *um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade*, já o princípio consiste em *um padrão que deve ser observado [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*. Expõe ainda (2016, p. 42), que *os princípios possuem uma*

⁵³ Hart expõe brevemente a forma como Dworkin distingue regras “tudo ou nada” e princípios, e sua distinção em razão de estes possuírem uma dimensão de peso, mas não de validade (2009, p. 337). Hart reconhece nos princípios um caráter não conclusivo e afirma que *[n]ão há razão alguma pela qual um sistema jurídico não possa reconhecer que uma norma válida define um resultado nos casos aos quais se aplica, exceto quando outra norma, julgada mais importante, for também aplicável ao mesmo caso. Assim, uma norma, vencida num determinado caso ao conflitar com outra mais importante, pode, como um princípio, sobreviver e continuar vigente, de modo que determine o desenlace em outros casos onde for considerada mais importante que outra norma concorrente* (2007, p. 337-338), acrescentando crítica no sentido de que toda regra do tipo “tudo ou nada” tem subjacente um princípio jurídico e, portanto, nos conflitos entre regras e princípios há, em verdade, um conflito entre princípios jurídicos. Arremata Hart que *[e]ssa inconsistência na alegação de que um sistema jurídico consiste tanto em normas do tipo “tudo ou nada” quanto em princípios não conclusivos poderá ser sanada se admitirmos que a distinção entre eles é uma questão de grau. Pode-se estabelecer com segurança um contraste razoável entre normas “quase conclusivas”, cujas condições, se aplicadas, bastam para definir o resultado jurídico exceto em alguns casos (nos quais suas disposições podem chocar-se com as de outra norma considerada mais importante), e os princípios, que são geralmente não conclusivos e apenas indicam uma decisão, embora possam com muita frequência não determiná-la* (2009, p. 339).

*dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...] aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um*⁵⁴.

A proposição é traduzida por Barbosa (2019, p. 48) ao afirmar que os princípios não retratam *condições fáticas que tornam sua aplicação automática e necessária. Na realidade, funcionariam sob uma lógica de peso/importância em determinado contexto, enunciando uma razão moral (ou de justiça) para conduzir determinado argumento em uma direção.*

Sem desconhecer que o debate prosseguiu, inclusive com outros interlocutores, o ponto que se entende necessário para o presente estudo pode ser extraído das posições expostas. A linha de pensamento que se buscou haurir do debate é a possibilidade de um intérprete do direito, ao aplicar o seu ponto de vista interno para o reconhecimento da validade de um determinado comando jurídico – em sentido amplo – possa exercer juízo positivo de validade tanto para regras quanto para princípios⁵⁵. A percepção é harmônica à conclusão de Bustamante (2012, p. 133), para quem *é claro que ao se olhar para o Direito da perspectiva do participante um critério positivo de identificação do Direito [...] a regra de reconhecimento de Hart não necessita ser abandonado por quem busque uma teoria pós-positivista.*

Na mesma vereda caminha a conclusão de MacCormick (1977, p. 242) de que

*Não há razão para supor que a regra de reconhecimento nas sociedades mais desenvolvidas exclui o reconhecimento de normas distintas de regras. Os sistemas de direito comuns [...] devem conter entre seus critérios de reconhecimento critérios que deem conta das diferentes normas estabelecidas mediante o costume e o uso profissional entre os juizes e quem as invocam ante eles como normas jurídicas*⁵⁶.

No ponto, concorda-se com Shapiro (2018, p. 264) no sentido de que o debate até aqui exposto não foi sobre o Direito abranger, ou não, princípios, porque essa questão nunca veio à

⁵⁴ A distinção com as regras consiste, para Dworkin, na compreensão de que *as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão* (2017, p. 39).

⁵⁵ Uma das consequências das críticas feitas por Dworkin ao positivismo jurídico, especialmente em relação à compreensão dos princípios, foi o surgimento de uma bifurcação positivista, dividindo-o em inclusivista e exclusivista. A verticalização das diferenças não está no escopo do estudo. Sugere-se, no ponto, a leitura de MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166-179, anotando-se a referência deste autor à POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**. New York: Springer, 2011, v. 11, especialmente p. 407-411.

⁵⁶ Tradução livre do original: *no hay razón para suponer que la regla de reconocimiento em las sociedades más desarrolladas excluye el reconocimiento de normas distintas de las reglas. Los sistemas de derecho común [...] deben tener entre sus criterios de reconocimiento criterios que den cuenta de las diferentes normas establecidas mediante la costumbre y el uso profesional entre los jueces y quines las invocan ante ellos como normas jurídicas.*

lume, eis que Hart nunca adotou um modelo de regras, do tipo “tudo ou nada”, tanto explícita quando implicitamente. Prossegue o autor asseverando que o cerne do debate também não se estampa na disputa quanto ao conceito de discricionariedade identificado em cada teoria. A disputa decorre, enfim, de duas teorias distintas quanto à natureza do Direito.

De um lado o positivismo descritivo defendido por Hart (2009, p. 309). De outro o seu reconhecimento como um fenômeno social, cuja complexidade, função e consequências dependem de sua característica argumentativa necessária para que suas proposições adquiram sentido (Dworkin, 2014b, p. 17).

Em um campo de possibilidades teóricas despido de amarras, o debate sobre ambas as proposições teóricas alongar-se-ia pelo júbilo do conhecimento verticalizado. Entrementes, abandonar-se-ia uma das premissas já estabelecidas no presente estudo, justamente a de que o legislador ordinário optou, ao menos em alguma extensão, pela teoria do Direito como Integridade quando da confecção do artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil.

Fixada a orientação, cumpre notar o aporte de Bustamante (2015, p. 319) ao elucidar que uma teoria interpretativa do direito *é uma teoria que interpreta o direito à luz de seu propósito, à luz de sua função ou justificativa política e seus princípios fundamentais*.

3.2.2.1. A aplicação judicial do Direito como Integridade: O romance em cadeia e o juiz Hércules

Até esse momento se aferiu o arsenal de normas jurídicas que o juiz reconhece estar à sua disposição para proferir sua decisão. Como visto, na grande maioria dos casos o ordenamento jurídico contempla uma disposição normativa aplicável ao caso concreto – zona de luz – de modo que a atividade judicial segue seu curso ordinário.

A dificuldade se apresenta nos chamados *hard cases*, ou seja, quando se constata que a questão fático-jurídica controvertida em juízo se localiza na zona de penumbra, exigindo do juiz que decida sem um conjunto pré-definido e reconhecido de regras e princípios aplicáveis ao caso.

Aceita como premissa a concepção do Direito como Integridade, poderia o juiz socorrer-se, adotando o uso do ponto de vista interno que orienta a regra de reconhecimento, da moralidade política que informa, e conforma, o próprio Estado, buscando nela fundamentos para a solução da demanda que lhe foi apresentada.

O questionamento que se formula, ao fim e ao cabo, é se a rejeição de Dworkin da discricionariedade judicial na criação livre da decisão diante de um *hard case* restringe-se

apenas ao mérito do julgamento ou também ao método de tomada dessa decisão. A resposta, e nesse caso efetivamente é a única resposta correta dentro da teoria dworkiniana, informa a existência de balizas procedimentais a serem aplicadas.

Reconhece-se que a resposta apresentada não se harmoniza com a crítica feita por Marinoni (2019a, p. 86) acima transcrita (p. 39), contudo, um dos resultados da pesquisa é no sentido de que o problema do “como” se praticar o direito como integridade, é possível de ser endereçado por meio da metáfora de Dworkin sobre o romance em cadeia (*chain novel*) assim exposta pelo filósofo estadunidense (2019b, p. 238):

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados⁵⁷, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se parceiros de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

A metáfora tem forte raiz literária⁵⁸, e costuma ser explicada como um exercício de literatura no qual um conjunto de autores se compromete a escrever um único romance, ficando cada capítulo sob a responsabilidade de um desses autores. Aquele que escreve o primeiro capítulo tem liberdade de traçar as linhas básicas da história, como as personagens e um relance da trama. Os autores seguintes fruem de liberdade de incrementar o rol de personagens e como a trama se desenvolve, mas ficam impedidos de modificar os capítulos anteriores.

O exemplo que se oferta, e ao qual se retornará ao final do estudo sob um prisma distinto, é o da história das eleições no Brasil, ocorridas a cada dois anos. Um conjunto de autores se propõe a romancear, um por vez, os acontecimentos fáticos e jurídicos de um ciclo eleitoral. A cada dois anos, um novo capítulo será iniciado e não poderá, por exemplo, alterar os resultados eleitorais anteriores como instrumento de narrativa necessário a reajustar o terreno para o próximo capítulo. Assim, uma vez assentado que determinado resultado do ciclo eleitoral foi

⁵⁷ A referência a livros endereça os *Law Reports*, e não a doutrina.

⁵⁸ Dworkin expõe a metáfora na obra “Uma Questão de Princípio”, na parte dois – O Direito como Interpretação – no subtítulo De que maneira o Direito se assemelha à literatura (2019, p. 217-251).

legítimo e que o processo eleitoral não padecesse de fraudes, não poderá o autor que trata do capítulo referente ao próximo ciclo eleitoral, adotar como premissa narrativa a ocorrência de fraude no pleito anterior.

A analogia com a atividade do Poder Judiciário é de fácil constatação, especialmente no sistema jurídico da *common law*. Os juízes participam do romance em cadeia que conta a história do Direito e de como sua aplicação moldou, por exemplo, o conjunto de direitos e garantias individuais contra o exercício arbitrário, ou desregulado, de poder estatal. A história já perdura há séculos, ao menos na Inglaterra, e cada novo capítulo é um incremento do *chain novel*.

Dworkin reforça essa percepção ao afirmar (2010, p. 32):

A semelhança é mais evidente quando juízes ponderam e decidem causas da common law; isto é, quando nenhuma lei aparece no cerne da questão jurídica, e o argumento aciona regras ou princípios jurídicos que se subordinam às decisões relatadas de outros juízes no passado. Cada juiz é, então, como um romancista na cadeia de autores. Ele precisa ler o que outros juízes escreveram no passado não simplesmente para descobrir o que disseram ou seu estado de espírito quando disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente (grifos no original).

Essa exigência de compatibilidade entre os capítulos, ou de uma coerência estrutural (MACEDO JUNIOR, 2018, p. 144) descortina a existência de critérios internos de conformação do romance em cadeia, os quais Dworkin dividiu em duas dimensões.

A primeira delas ecoa a preocupação exposta acima, e recebe a designação de dimensão da adequação. Nela, exige-se do autor/intérprete, compreenda os elementos do romance em cadeia anteriormente expostos e utilize essa compreensão como baliza norteadora para a interpretação que adotará, de modo que essa possa fluir em todo o texto, aprofundando a trama central sem, ao mesmo tempo, conceder a devida atenção aos outros elementos que informam o romance⁵⁹.

⁵⁹ Dworkin (2014b, p. 277) assim explica a dimensão da adequação: *A primeira é a que até aqui chamamos de dimensão da adequação. Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. Este não será desqualificado simplesmente porque ele afirma que algumas linhas ou alguns tropos são acidentais, ou mesmo que alguns elementos da trama são erros, pois atuam contra as ambições literárias que são afirmadas pela interpretação. Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente. Se não se encontrar nenhuma interpretação que não possua tais falhas, o romancista em cadeia não será capaz de cumprir plenamente sua tarefa; terá de encontrar uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, admitindo que este não é plenamente bem-sucedido.*

Como alerta o próprio Dworkin (2010, p. 33), não se trata de *permissão para cada juiz encontrar na história doutrinária o que quer que ele pense que deveria ter estado lá. [...] O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que ele encontra e não inventar uma história melhor.*

Neste ponto, cumpre retomar a distinção, já anunciada, entre o cético externo e o cético interno. De forma concisa, o primeiro é aquele que rejeita a tese da única resposta correta e não se engaja na atividade interpretativa do romance em cadeia. Já o segundo é aquele que aceita e realiza os atos de interpretação, nos limites propostos por Dworkin, mas ao final, conclui que não há uma resposta certa, ou seja, que não existe uma interpretação que se amolde ao texto geral.

Assumindo como válida a hipótese do engajamento do intérprete para a construção do romance em cadeia, surge, para além do cético interno, a possibilidade de o operador reconhecer mais de uma interpretação que se amolde ao texto geral.

A segunda dimensão do romance em cadeia, até mesmo como condição de sua existência, adota como premissa a possibilidade de mais de uma interpretação que se adeque ao texto em geral. Trata-se da dimensão de ajuste e endereça a questão de como, então, deve ser feita a escolha entre essas diferentes interpretações? Dworkin defende que o autor do novo capítulo *julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão* (Dworkin, 2014b, p. 278). A dúvida se resolve, para o estadunidense, sob o prisma do romance, com a introdução de um juízo estético *sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse*⁶⁰ (2014b, p. 278).

No campo do Direito, como define Macedo Júnior (2018, p. 145), o juízo estético significa se exigir que o *juiz antes de decidir deverá interpretar o direito sua melhor forma e isso dele exigirá [...] uma hipótese política e uma teoria do direito.*

Nessa vereda, abrem-se dois caminhos de interpretação: sob a luz de um capítulo, ou trecho isolado do romance, ou adotando-se como paradigma a integridade da obra. Para Dworkin, a melhor opção é acolher a interpretação que melhor realce a totalidade do romance (2014b, p. 281). Aqui bem se aplica a distinção entre a compreensão de quem observa a folha da árvore e de quem contempla a floresta ou, como aponta Macedo Júnior (2018, p. 146) tratar-

⁶⁰ A investigação do juízo estético centra-se na concepção literária do romance em cadeia e, portanto, estranha ao foco deste estudo. Sugere-se, no ponto, a leitura do próprio Dworkin (2014b, p. 278), especialmente em relação à personagem Scrooge.

se da *postulação de que uma visão holística integrada e da obra como um todo, é preferível àquela que poderia ser feita a partir de interpretações fragmentadas ou parciais.*

A trama só faz adensar. Parece que a cada novo passo em busca de uma solução o intérprete se depara com uma nova dificuldade. No primeiro momento, deixou de fruir de ampla discricionariedade na solução do *hard case*; em seguida, exigiu-se que observasse o romance em cadeia para poder proferir a sua decisão; não fosse isso suficiente, sua decisão deve respeitar as dimensões de adequação – coerência estrutural – com o romance em cadeia e, diante da possibilidade de mais de uma resposta adequada, deverá eleger aquela que melhor se harmonize com a totalidade do romance em cadeia, e não com trechos específicos da sua integralidade. A atividade judicial, nesse contexto, parece se despir de glamour e agasalhar um conjunto enorme de esforços hermenêuticos do juiz, aqui também visto como um verdadeiro teórico do Direito.

Se o intérprete exerce seu mister e encontra uma única interpretação possível para se adequar fluidamente à integralidade do texto, encerra-se a digressão.

Mas admitamos, na linha de Dworkin, que o intérprete não produz essa resposta única, mas, sim, duas ou mais respostas que não se amoldam idealmente ao texto, porém, sejam substancialmente harmônicas com o romance em cadeia, apesar de pequenas e pontuais divergências. Qual deve ser o critério de escolha do intérprete entre as possibilidades encontradas?

Excluindo-se a hipótese do cético interno⁶¹ – que conclui por rejeitar todas as possibilidades concorrentes – a solução proposta por Dworkin consiste (2014b, p. 285) na diminuição das pretensões do intérprete de modo a adequar a resposta ao que entende de mais fundamental no romance em construção.

Se aplicássemos esse raciocínio ao Poder Judiciário nacional, seria imperiosa a exclusão da hipótese do cético interno, diante da vedação do *non liquet*. Assim, diante de duas ou mais escolhas entre propostas de interpretação que sejam, substancialmente, coerentes com o romance em cadeia (entendido como o conjunto de decisões judiciais conhecidas, o ordenamento jurídico e a moralidade política do Estado, ou seja, o direito como integridade), haveria sempre o prestígio ao valor jurídico escolhido como preponderante e o afastamento, no caso concreto, de outro valor entendido como de menor relevo.

⁶¹ Dworkin (2014b, p. 285): *É possível que nenhuma interpretação sobreviva, mesmo a essa prova mais atenuada. Esta é a possibilidade cética que mencionei há pouco: você terminará, então, por abandonar o projeto, rejeitando sua tarefa por considerá-la impossível. Mas não pode saber de antemão que vai chegar a esse resultado cético. Primeiro, é preciso tentar. A fantasia do romance em cadeia será útil de diversas maneiras nesse último argumento, mas essa é a lição mais importante que tem a ensinar. A sábia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo.*

Como se procede esse juízo de reconhecimento dos valores fundamentais do romance em cadeia e da escolha da resposta que a ele melhor se amolde? Como se desincumbe o juiz dessa tarefa?

Nesse desiderato, Dworkin nos apresenta ao juiz Hércules⁶²⁶³ (2017, p. 165) *um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas*, afirmando, ainda, sua aceitação de que *as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (rationale), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo. Ou, como arremata o autor em outra obra (2014b, p. 287) um juiz [...] que aceita o direito como integridade.*

Macedo Júnior (2018, p. 156) bem indica que *Dworkin não supõe que os juízes sejam tão poderosos como Hércules. Contudo, reconhece que ele pode ser imitado, e que a maneira como este interpreta é gramaticalmente semelhante à forma humana pela qual juízes interpretam.* Vale dizer, Hércules é um modelo inspiracional a ser perseguido pelos juízes.

Para expor como deve agir o Juiz Hércules, Dworkin se vale de um caso concreto – o caso McLoughlin⁶⁴ – detalhando a construção de todo o raciocínio a ser desenvolvido por Hércules para obter a análise verticalizada do caso, que em razão de sua extensão e construção do raciocínio por meio de teses e antíteses, não se reproduz⁶⁵. Anota-se, entretanto, que Dworkin é cuidadoso em não afirmar uma resposta ao caso, mas sim em identificar as duas hipóteses que entende que poderiam ser aplicadas ao caso concreto, em observância à integridade, expondo que:

⁶² Hércules é o nome romano de Hércules, um semi-deus da mitologia grega, filho de Zeus e de Alcmena.

⁶³ A opção pela figura do juiz Hércules segundo a compreensão de Ronald Dworkin se justifica pela sua inserção dentro da teoria jurídica do Direito como Integridade e no universo jurídico da common law. Há, na ambiência do direito europeu continental, outra compreensão tratando do juiz Hércules, recomendando-se a leitura de: OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 14, 1993, p. 169-194. Disponível em <https://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>. Acesso em 30 ago. 2022.

⁶⁴ McLoughlin v O'Brian [1983] 1 AC 410. Julgado pela House of Lords, trata-se, como expõe Macedo Júnior (2018, p. 152) de *debate sobre os limites da responsabilidade civil quanto aos danos psiquiátricos sofridos em razão de um acidente automobilístico. No ano de 1973 uma pessoa telefonou para a casa da senhora McLoughlin informando que seu marido e três filhos tinham sido vítimas de um acidente. Ao se dirigir ao hospital, duas horas depois do acidente, sofreu um severo ataque de nervos ao ver um de seus filhos morto e os demais seriamente feridos. Em face do ocorrido processou o responsável pelo acidente pelos danos psicológicos que sofreu.*

⁶⁵ A demonstração, passo a passo, das seis hipóteses do pensamento proposto por Dworkin está contida, em sua integralidade em “O Império do Direito” (2014b, p. 286-304).

A resposta de Hércules vai depender de sus convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política que aqui consideramos: a justiça e a equidade. Vai depender, mais exatamente, não apenas de suas crenças sobre qual desses princípios é superior em matéria de justiça abstrata, mas também sobre qual deve ser seguido, em matéria de equidade política, por uma comunidade cujos membros têm as mesmas convicções morais de seus concidadãos. (2014b, p. 298).

Retomando o ponto quanto à forma de desenvolvimento do raciocínio judicial, a proposta de Dworkin consiste, como resumiu Barboza (2014, p. 255) em:

Ele [Hércules] é capaz de examinar todas as leis de um sistema e depois construir uma teoria compreensiva da moralidade política que mostra essas leis como coerentes e unificadas. Dessa teoria emergirão não apenas respostas certas em casos difíceis, mas o valor da integridade – o valor de se estender a todos os direitos assegurados a alguns de modo que igual consideração e respeito sejam assegurados para todos – seja respeitado. [...] Hércules deve se perguntar qual sistema de princípios foi estabelecido, devendo elaborar uma teoria constitucional e uma teoria política que justifiquem a Constituição como um todo, inclusive os princípios implícitos e não escritos, devendo, ainda, verificar qual o sistema político estabelecido por ela.

Antes de prosseguir, parece de relevo questionar se é possível ao juiz brasileiro estabelecer uma teoria constitucional que explique a Constituição como um todo. Há, por certo, grau comum de dificuldade para que qualquer magistrado se desincumba de tal tarefa dentro de um sistema jurídico, em qualquer país, mas como sói, o caso do Brasil apresenta uma particularidade.

Pequena digressão história se justifica, nesse ponto. A análise da história constitucional brasileira indica que a Constituição Federal de 1988 foi concebida em momento histórico de transição entre o período dos governos militares, durante os quais a lei fundamental imposta consistia nos Atos Institucionais, e o período de redemocratização no qual uma Comissão de Estudos Constitucionais recebeu a contribuição de diversos setores da sociedade brasileira para, ao final, promulgar a Constituição vigente⁶⁶.

O ponto que se quer ressaltar é, como se extrai de Cittadino, a Constituição Federal é informada por um constitucionalismo comunitário, informado por uma visão não interpretativista sobre a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, permitindo ao Judiciário a encontrar nos valores substantivos da comunidade elementos de interpretação da Constituição (2004, p. 25-27). Arremata afirmando que essa compreensão sobre a atividade interpretativa do Poder Judiciário *invoca o processo histórico, os valores e princípios*

⁶⁶ Cittadino (2004, p. 33) informa que a partir da biografia dos 49 (quarenta e nove) membros da Comissão Arinos, foi possível haurir a seguinte *caracterização político-ideológica: cinco de direita, seis de centro-direita, dezesseis de centro, quinze de centro-esquerda e sete de esquerda.*

substantivos, os precedentes e outros conceitos ancorados num determinado ethos social, tudo isso com o objetivo de julgar em conformidade com o “projeto de constituição” (2004, p. 27).

Informa ainda a mencionada autora que a maioria dos trinta advogados que integraram a Comissão Arinos filiava-se ao constitucionalismo comunitário e que, ao final, essa linha de pensamento sagrou-se presente na proposta de Constituição apresentada ao Congresso Nacional (2004, p. 34-37), bem como a indicação de Dworkin integrar a corrente de não-interpretativistas⁶⁷. Ora, nesse cenário, há latitude hermenêutica suficiente para se depreender a compatibilidade entre a sua proposta de Direito como Integridade e a proposta de Constituição que emergiu da Comissão Arinos.

A particularidade a que se aludiu alhures decorre da percepção de que a Constituição estadunidense foi promulgada há mais de 200 (duzentos) anos, e estudada desde então, vindo a proposta da compreensão não-interpretativista a ser construída, em ampla medida, a partir da conformação daquela norma fundamental à realidade conferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

No caso brasileiro, a Constituição Federal é mais recente, 33 (trinta e três) anos, e já foi concebida com chaves de compreensão que encampam a ideia de seu texto dever ser permeável à uma interpretação integrada com outros valores e princípios substantivos extraídos da sociedade. Nessa vereda, é uma Constituição muito mais porosa às inflexões da sociedade e, justamente, na correta compreensão desse elemento social, reside a dificuldade da tarefa de elaborar uma teoria da constituição e uma teoria política⁶⁸.

Antes, porém, de entender pela impossibilidade da tarefa e decretar o fim da investigação, propõe-se a retirada de qualquer caráter de definitividade à proposta de teoria de constituição firmada pelo Estado-juiz. Com efeito, o que se busca é fixar a premissa que também na identificação da teoria da constituição há uma atividade interpretativa do Estado-juiz, para sua retomada mais à frente.

Há dois outros pontos que exigem reflexão antes de se encerrar essa breve análise sobre a integridade.

O primeiro deles é que os precedentes judiciais também integram o arcabouço de normas à disposição do juiz para a solução de casos fáceis e difíceis.

⁶⁷ Cittadino (2004, p. 28).

⁶⁸ Sem peregrinar pelos diversos matizes que compõem a sociedade brasileira, tarefa que somente o Juiz Hércules poderia completar, é possível verificar a extremada diversidade de pensamentos que a permeia, a partir de exemplos recentes da vida política nacional, como as políticas públicas a serem adotadas em combate à epidemia de SARS-CoV-2 (Covid-19), e o debate sobre o voto impresso.

Bem se sabe que nos sistemas jurídicos da *common law* há maior grau de preponderância dos precedentes na própria conformação e criação do direito, característica presente com menor intensidade nos sistemas jurídicos romano-germânicos. Especialmente no caso Brasileiro, nota-se uma tendência de valorização de precedentes judiciais⁶⁹, o que autoriza a discussão de como ocorre sua integração ao Direito como integridade.

Como não poderia deixar de ser, para se compreender a proposta de Dworkin para a análise de precedentes exige a prévia distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política.

Os argumentos de política *justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo*. No outro vértice, os argumentos de princípio *justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo* (DWORKIN, 2017, p. 129).

Também é proveitoso anotar outro elemento de definição é o conceito de força de promulgação do precedente (*enactment force of precedent*), consistente no efeito que a formulação dos termos do precedente apresenta em razão de ter sido introduzida no ordenamento jurídico (DWORKIN, 2017, p. 171-172). Vale dizer, num exemplo nacional, que toda nova decisão judicial proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral tem, em si mesma, um elemento de persuasão porque foi formulada em seus termos e publicada. Mas isso não significa que essa promulgação produz os mesmos efeitos que atribuídos a uma nova lei editada pelo Poder Legislativo.

Ao analisar os precedentes, segundo a óptica do juiz Hércules, a primeira distinção que Dworkin propõe, à luz da integridade, é de que, por força de um princípio de equidade, e não em razão da *promulgação* do precedente que ele deve ser aplicado. Diz o filósofo:

⁶⁹ Não se desconhece que há parcela da doutrina rejeitando a aproximação entre o direito brasileiro e o sistema de *common law* em razão da adoção de precedentes vinculantes. A crítica, por todos, é colhida em Lopes Filho (2020, p. 126-127): Eis o primeiro dado que impede se falar de uma simples aproximação do sistema nacional ao *common law*, pois, neste, o *stare decisis* não é uma imposição legislativa, mas concepção elaborada no exercício da jurisdição e bastante controvertida na doutrina e nos próprios tribunais. [...] Não há, pois, lei que regule o tema com um rigor sistemático, mediante estabelecimento de uma sanção específica. [...] Nem mesmo é possível se equiparar o *common law* ao *stare decisis*.

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. Essa explicação geral da força gravitacional do precedente explica a característica que invalidou a teoria da promulgação das leis, aquela segundo a qual a força de um precedente escapa à linguagem do voto em que é formulado. (2017, p. 176)

A força gravitacional do precedente, referida, consiste na possibilidade de se aplicar a norma jurídica estabelecida no precedente, por equidade – juízo positivo de familiaridade, tal qual nos jogos de linguagem – ao caso presente. Por consequência, como aponta Cimaridi (2015, p. 122) *o juiz deve limitar essa força gravitacional à extensão dos argumentos de princípios que se fizerem necessários para justificar as decisões.*

No ponto, explica Dworkin que se o magistrado extraísse do precedente apenas argumentos de política, o precedente não se distinguiria mais da legislação e, nesse passo, não mais encontraria no princípio da equidade o seu principal lastro, passando a carecer de força gravitacional. Diz o estadunidense:

Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito a sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente. A força distributiva de uma meta coletiva, como já observamos aqui, é uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa geral. Se o governo interveio em favor da srta. MacPherson, não porque ela tivesse algum direito à sua intervenção, mas somente porque uma estratégia criteriosa sugeria este meio para alcançar uma meta coletiva como a da eficiência econômica, então não pode haver um argumento de equidade efetivo, de acordo com o qual o governo tinha, por isso, a obrigação de intervir em favor do autor da ação no caso Spartan Steel. (2017, p 177)

A conclusão, assim, é por reconhecer que o juiz de um caso difícil atua como novo integrante do romance em cadeia e, de forma a lhe dar continuidade, deve exercer um juízo crítico de adequação dos elementos já contidos na narrativa jurídica – dimensão de adequação – e escrutinar o arcabouço de normas jurídicas em busca de quais são válidas e aplicáveis à *fattispecie* – regra de reconhecimento vista pelo observador interno – e então elaborar, a partir dos elementos tidos como válidos dentro do universo do direito como integridade, uma nova decisão que encampe a melhor solução possível para o caso concreto dentro de uma hipótese

política e de uma teoria do direito, tudo isso sem deixar de reconhecer os elementos de proximidade entre o precedente invocado e o caso concreto para aferir o alcance do efeito grativacional daquele no presente caso. É compreensível a atribuição do nome Hércules ao juiz concebido por Dworkin.

Anote-se, em arremate, que o próprio Dworkin entende que a integridade no direito admite três dimensões, que podem ser encontradas em pontos específicos já expostos e, para além disso, demonstram a articulação do seu pensamento. Diz o norte-americano:

A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial seja determinada por princípios, não por acordos, estratégias ou acomodações políticas [utilizam-se os argumentos de princípio, não os argumentos de política]. [...] Em segundo lugar, a integridade se aplica verticalmente: se um juiz afirma que um determinado direito à liberdade é fundamental, deve demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas de nosso arranjo constitucional [dimensão de adequação]. Em terceiro lugar, a integridade se aplica horizontalmente: um juiz que aplica um princípio deve dar plena importância a esse princípio nos outros pleitos que decide ou endossa [princípio da equidade]. (2019, p. 133).

Por fim, imagine-se, com cautela para se evitar sustos, a dificuldade experimentada pelo juiz ao perscrutar os precedentes judiciais obrigatórios existentes no horizonte judicial brasileiro, com a obrigação de discernir, na qualidade de observador interno, qual deles é o que melhor retrata a teoria do direito na compreensão das Cortes hierarquicamente superiores, mormente ante ao quadro conhecido de existência de decisões com conteúdos opostos proferidas por órgãos fracionários da mesma Corte, além das constantes modificações na compreensão dos Tribunais.

Exposta, no limite mínimo suficiente à consecução do objetivo aqui proposto, que é a compreensão mínima necessária da concepção de Dworkin do Direito como Integridade, passe-se ao estudo da integridade, sob o prisma da atividade judicial, sob o signo de ser um elemento contido do molde normativo do art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil.

3.3. A INTEGRIDADE NO CONTEXTO DO ARTIGO 926 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Exposta a compreensão de Dworkin sobre o conceito de direito como integrante da moralidade política, a concepção do Direito como Integridade e as metáforas do romance em cadeia e do juiz Hércules, está lançada a teia necessária para se mensurar o alcance do adjetivo íntegra quando aplicado à jurisprudência dos tribunais pátrios.

Em relação aos casos tidos como fáceis, e tomando-se como premissa que a jurisprudência nacional oferta uma adjudicação aceita como correta, a manutenção da integridade se revela pela aplicação do argumento de princípio contido nos precedentes já conhecidos e sua aplicação, pelo princípio da equidade, aos novos casos que chegarem ao Poder Judiciário.

Não se descarta que uma mudança legislativa, uma mudança na moralidade política ou, mesmo, uma evolução nas práticas argumentativas que informam a interpretação do direito introduza a necessidade de revisão do posicionamento jurisprudencial.

No vértice oposto, em relação aos casos reconhecidos como difíceis, a atuação do Estado-juiz deve primeiro reconhecer a inexistência de normas jurídicas – advindas de leis, princípios ou precedentes – inequivocamente aplicáveis ao caso concreto ou, ainda, uma pluralidade de normas aplicáveis sem que ainda tenha sido sortido o melhor fundamento jurídico. Em suma, deve reconhecer a inexistência de uma solução jurídica já identificada para a demanda fática – há um ponto ainda não coberto pela textura aberta do direito.

Em seguida, deve o Estado-juiz se conscientizar de que está incumbido de lavrar um novo capítulo do romance em cadeia, exercendo então juízo crítico de adequação dos elementos já contidos na narrativa jurídica – dimensão de adequação – e escrutinar o arcabouço de normas jurídicas em busca de quais são *válidas* e poderiam ser aplicáveis à *fattispecie* – regra de reconhecimento vista pelo observador interno –, por meio de raciocínios jurídicos de analogia – reconhecimento de elementos de familiaridade.

O próximo passo exige do julgador o cumprimento da dimensão de ajuste ao elaborar, a partir dos elementos tidos como válidos dentro do universo do Direito como Integridade, uma nova decisão que encampe a melhor solução possível para o caso concreto dentro de uma moralidade política e de uma teoria do direito.

Nesse momento, ressume uma percepção interessante. Ao se invocar a figura da textura aberta do direito se pensa em trama de tecido que apresenta entre seus fios, cerzidos num plano cartesiano, espaços vazios. Entretanto, ao se pensar no Direito como Integridade, a imagem que se faz presente⁷⁰, é de que se trata de uma composição de tecido com três camadas sobrepostas e indissociáveis.

O primeiro deles, onde melhor se enxerga a textura aberta do direito, encontra em suas fibras o conjunto de regras permissivas, prescritivas, proibitivas e esculpantes, dentre outras,

⁷⁰ Apresenta-se a visão pessoal do autor deste ensaio.

que compõem o ordenamento jurídico. As fibras desse tecido são rígidas e não permitem ser muito manipuladas para ocuparem os espaços vazios dessa tessitura.

O segundo tecido é cerzido com fibras mais elásticas, permitindo que sejam encolhidas ou expandidas, ainda que com certos limites estruturantes, de modo a garantir, nessa camada intermediária, alguns dos espaços vazios da primeira trama. Nessa camada estão os princípios jurídicos.

O terceiro e derradeiro tecido, que está na base dessa tecelagem, é composto de fibras mais grossas, mais estáveis e que podem, inclusive, servir de anteparo para a fixação de mais de uma fibra das prévias camadas. Nessa camada estão a moralidade política e a teoria do direito.

O Estado-juiz age, diante da textura aberta do direito na primeira camada, como o tecelão que busca, inicialmente, expandir e encolher as fibras da segunda camada – *juízos de aplicabilidade e ponderação de princípios* – na busca de uma resposta. Se não for suficiente para permitir a adjudicação judicial, deverá buscar na terceira camada um arranjo de fibras – *uma compreensão sobre a moralidade política ou a teoria do direito aplicável ao caso* – a partir do qual será possível costurar na decisão judicial – *que nesse caso serve como linha* – uma forma de integrar quantas camadas de tecido forem necessárias para obter uma solução no caso concreto, sempre respeitando a forma como o tecido foi manipulado no passado e a sua integridade.

A figura da linha bem serve para representar os precedentes judiciais – *na extensão de seus argumentos de princípio* – pois indica a forma como o tecelão – *Estado-juiz* – atuou na tessitura para lhe deixar mais homogênea e livre de espaços livres entre suas fibras.

A representação simbólica permite, ainda, depreender que as linhas podem ser mantidas pelo novo tecelão, utilizadas para aproximar outras fibras a costura já feita – *força gravitacional do precedente* – ou removidas para dar lugar a novas formas de cerzir, caso se detecte que a antiga costura não mais serve para melhor promover a integridade do tecido.

Ao término dessa operação será possível proferir a única resposta correta para se diminuir o ponto aberto da textura do direito que foi submetido a julgamento.

No ponto há de se mencionar ainda o dever de autorreferência que, segundo Macêdo (2019, p. 215) significa *o dever de os juízes decidirem sempre levando em consideração os precedentes pertinentes à questão jurídica [...] e nessa tarefa precisam simplesmente dialogar com os precedentes judiciais que tratem do mesmo problema jurídico; não é necessário, para satisfazer a necessidade de autorreferência, que o precedente seja efetivamente seguido.*

A pergunta remanescente é quanto à possibilidade de modificação das costuras anteriormente feitas, ou seja, de superação e revogação de precedentes, e se essas operações importam em ofensa ao Direito como Integridade.

Há três hipóteses possíveis.

Na primeira delas, concebe-se a possibilidade de que determinada decisão judicial foi proferida por autoridade que não ocupa uma posição elevada na hierarquia do Poder Judiciário e, por força do sistema recursal, deve ser submetida a revisão.

A segunda hipótese trabalha com a premissa de que o órgão judicial emissor da decisão ocupa uma posição no vértice do sistema judicial hierarquizado, porém, por um equívoco, não foram bem analisados os efeitos advindos dessa decisão, ou mesmo todas as teses jurídicas aplicáveis, de modo que o próprio julgador entende que a “costura” deve ser revisitada.

A última hipótese contempla um precedente já existente na tessitura da integridade do Direito, conhecida e mantida há tempos, porém compreende que deve a “costura” deve ser removida ou alterada para que a conformação do tecido passe a melhor refletir a interpretação do Direito, como elemento da moralidade política, emergente na sociedade.

Em relação às duas primeiras, é forçoso reconhecer que existe um tempo de maturação e aceitação dos precedentes judiciais no qual podem ser revisitados ou, ainda, ser-lhes negado o status de precedente, ao menos nos sistemas jurídicos da *commom law*. Esse elemento não está exatamente transposto no sistema brasileiro em razão da determinação legal de observância de determinados tipos de decisão judicial (artigo 927, do Código de Processo Civil). Assim, nessa toada, seria possível e razoável admitir que, apesar do efeito vinculante *ex legis*, haveria um período de adequação entre o ordenamento jurídico e o precedente no qual ele poderia ser revisto.

Quanto à terceira hipótese, bem mais gravosa, rememore-se que o Direito como Integridade não se dissocia de um elemento moral, condição essencial para a compreensão da teoria dos precedentes judiciais, especialmente no ponto em que se analisa como o julgador deve operacionalizar a superação ou revogação dos precedentes.

A chave do pensamento pode ser encontrada na lição de Hershovitz (2006, p. 114) de que agir com integridade, inclusive os julgadores, significa um comprometimento de agir moralmente, e essa moral deve ser coerente e defensável⁷¹.

⁷¹ Sugere-se a leitura do artigo, ainda que restrito ao item V (p. 113-115). Transcreve-se o trecho mencionado acima, no original, porque elucidativo:

Let me put the point another way. Someone who acts with integrity may nevertheless do something she ought not to do from time to time. But someone who acts without integrity, someone who acts incoherently or

Transpondo-se essa chave para o raciocínio por precedentes, o Professor da Universidade de Michigan (2014, p. 114-115), sustenta que a integridade importa em reconhecer que as decisões passadas buscam lastro em fundamento de moral aceitável e que a sua aceitação, no caso atual, admite a renovação do exame de compatibilidade da moral contida no precedente para a moral atual.

Abre-se, então, segundo Hershovitz, a possibilidade de que o julgador atual constata a inaplicabilidade da moral contida no precedente ao caso concreto em razão da evolução da moral, o que importa em observância do dever de agir moralmente e se revela compatível com a integridade. De outro vértice, caso o julgador atual detecte que a decisão pretérita não corresponde à moral subjacente ao precedente, constituindo-se em erro, o seu dever de agir moralmente lhe autoriza a deixar de seguir o precedente. Por certo que também existe a possibilidade de que o julgador entenda como válida a decisão anterior e seu elemento moral e a decida aplicar no caso atual.

Colhe-se da proposta que o conhecimento dos precedentes não pode estar adstrito apenas aos dispositivos normativos e aos fatos neles contidos, mas deve também se preocupar com a moralidade política que se entendeu melhor atender o caso concreto naquele momento.

Essa compreensão informa a análise e a compreensão da questão posta ao crivo do julgador no momento presente e lhe fornece subsídios para compreender o Direito como integridade, no momento presente.

3.4. A COERÊNCIA

Registre-se, de saída, o elevado valor atribuído à coerência por MacCormick (2008, p. 265), ao afirmar que *independentemente de seus defeitos, um Direito coerente é preferível ao incoerente, e são preferíveis as interpretações de um Direito potencialmente incoerente que recuperem, na medida do possível, uma autopercepção coerente.*

A elevação da coerência a esse grau de importância pode ser construída a partir do pensamento de Marinoni e Mitidiero, para quem o conceito inicial de coerência retrata a

capriciously in matters of importance, simply cannot be acting morally except by happenstance. A lack of integrity signifies a lack of commitment to act morally.

Na individual displays integrity when her actions taken as a whole reflect a commitment to a coherent and defensible moral view. The moral view must be coherent because the demands of morality are coherent. However, commitment to an evil moral view is no virtue simply because the view is coherent. Thus, integrity also requires that one act in accord with a defensible moral view. Otherwise, acting without integrity would not be a way of striving to act morally.

Of course, a defensible moral view is not necessarily a true one. This is why Dworkin is right when he says that the demand that we act with integrity is weaker than the demand that we act morally. However, acting with integrity is part of striving to act morally, and that is the source of its value.

exigência de que a *interpretação judicial possa ser capaz de ser reconduzida a “um conjunto, internamente consistente, formal e materialmente, de princípios e regras” amalgamadas por “princípios fundamentais” comuns* (2016, p. 61).

Essa concepção guarda relação com o segundo sentido de coerência exposto por Melvin Eisenberg, denominado coerência sistêmica, e conforme expõe Pugliese (2016, p. 44) consistente em *conexão ou interrelação sistêmica ou metódica quando governada por princípios lógicos*, complementando o autor que *todas as regras do ordenamento jurídico devem ser consistentes umas com as outras* (2016, p. 45).

Ainda quanto à essa percepção da coerência, agora sob a designação de normativa, MacCormick (2008, p. 250) indica que ao menos um aspecto seu é *uma questão de subordinação comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes*. Também apresenta um segundo aspecto que afere *se um conjunto de regras é coerente se todas elas satisfazem ou não concretização de um princípio mais geral*.

Assim, arremata o filósofo escocês, *a coerência de normas [...] depende de que elas façam sentido em virtude de serem relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns* (2008, p. 252).

Nota-se que as compreensões são voltadas a identificação da coerência na atividade de produção normativa, clamando do legislador que ao exercer a sua função, tenha no seu horizonte de conhecimento a o conjunto de princípios, valores e regras já existente e que busque produzir novos textos legislativos que com ele guarde harmonia, ou, vale dizer, coerência.

Já, o primeiro sentido da coerência, denominado de congruência social, indica, segundo informa Pugliese (2016, p. 44) que *o corpo de regras que compõem o direito deveria corresponder ao conjunto de normas que uma pessoa atingiria ao conferir peso apropriado a todas as proposições sociais e fazer as melhores escolhas quando estas proposições colidissem*.

A proposição retrata uma expectativa difícil de ser atingida, justamente a de que o Poder Legislativo atue como perfeita caixa de ressonância da sociedade, de modo que existisse uma perfeita harmonia de valores e princípios entre os representados e seus representantes, perceptível no fruto da atividade legislativa. A proposta, certamente tentadora, padece de dificuldades de se concretizar.

Até esse ponto, a coerência foi exposta sob um prisma social e sob o enfoque de como ordenamento jurídico deveria ser organizado. A partir dessas premissas teóricas, ressalte-se, cumpre aquilatar como a coerência se transporta desses planos institucionais para a atividade fim do Poder Judiciário.

Antes, porém, rememore-se a compreensão de que, no sistema jurídico da *commom law*, os precedentes judiciais são fontes primárias de direito e, nessa condição, tem o condão de adentrar ao panteão de regras do ordenamento jurídico. Logo, e com vistas à manutenção de coerência tanto no ordenamento jurídico quanto na atividade judicial, cumpre verificar se na renovação de julgamentos pelo Poder Judiciário incide o critério de coerência entre os precedentes e o caso atual.

A resposta é positiva, como se colhe da afirmação, *contrario sensu*, de Marinoni (2019b, p. 125) de inexistir coerência num direito que se expressa mediante decisões que tratam de casos iguais de maneira desigual. Em outros termos, a coerência nos julgamentos se revela pelo tratamento igual de casos iguais (*treat like cases alike*).

No mesmo sentido Barboza (2014, p. 249) afirma *em que pese não ser necessária uma adesão estrita ao passado, a coerência com o conjunto de princípios que representa a moralidade política da comunidade implicará que todos sejam tratados com igual consideração e respeito nas decisões*.

A seu turno, MacCormick afirma que *a coerência é uma característica desejável do Direito* (2008, p. 265), sem deixar de reconhecer que:

No que diz respeito ao argumento sobre a coerência, a tarefa da qual os juízes se incumbiram se divide em duas partes. Primeiro, a investigação trata dos princípios ou valores que, na medida do possível, conferem sentido a um conjunto relevante de normas jurídicas – leis e precedentes lidando com o mesmo assunto no mesmo campo do Direito. Tais valores e princípios são parcialmente encontrados nos documentos jurídicos existentes e parcialmente construídos de modo original, de modo a estabelecer uma visão coerente de determinado campo do Direito, mostrando resumidamente tal campo em vista de um princípio ou valor “subjacente”, ou de um conjunto coerente de princípios e valores. (2008, p. 260)

Atente-se para uma atividade judicial que bastante se assemelha à regra de reconhecimento outrora proposta por Hart, ao identificar quais princípios e valores devem servir como referencial para validar um conjunto de normas. Logo, somente as normas jurídicas – leis e precedentes, por exemplo – que se harmonizarem com o conjunto de princípios e valores previamente identificados poderão ser aplicados ao caso concreto.

O segundo elemento que se deve ressaltar é que as novas normas devem guardar uma relação de coerência, de harmonia, tanto com o elemento que lhes confere validade quanto com as demais normas que buscam validade nesse mesmo elemento jurídico.

Nesse norte, a coerência mantém diálogo com a exigência de integridade no julgamento, tal como proposta por Dworkin (2014b, p. 203) porque esta

[...] explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante.

O que se extrai do pensamento de todos esses autores é que a coerência não resulta, como *conditio sine qua non*, de julgamentos idênticos para quaisquer casos concretos que invoquem um mesmo silogismo jurídico (norma violada junto com fato concreto produzem um resultado jurídico), mas sim na compreensão de como as prévias situações fáticas foram compreendidas pelo Estado-juiz, como o produto dessa interpretação foi subsumido a um molde jurídico e quais os fundamentos jurídicos, constantes na argumentação da decisão judicial, operou o silogismo jurídico para a obtenção do resultado.

É por isso que uma decisão coerente com os precedentes invocados por ambas as partes pode vir a produzir, em razão dos contornos fáticos da demanda, um resultado distinto do almejado pelas partes ainda que adote o mesmo conjunto de premissas jurídicas contidas nos precedentes aduzidos em juízo.

Quando observada a preservação da coerência ao longo do tempo, nota-se, como afirmam Romão e Pinto (2015, p. 111-112) o reforço da formação dinâmica do precedente, na medida em que a constante autorreferência dialógica com os precedentes sobre a matéria permite a densificação da *ratio decidendi*, pela apuração de seus fundamentos, ou mesmo para efeitos de superação ou distinção dos precedentes.

O tema da autorreferência é articulado por Tucci (2021, p. 108) e indica *a exigência de que a corte invoque, para acolher ou rejeitar, julgado ou julgados anteriores. [...] a fundamentação de uma decisão deverá, necessariamente, conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte.*

É interessante notar que a exigência de autorreferência induz à possibilidade de renovação do Direito – no sistema da *common law* pela própria aptidão do Poder Judiciário em inovar o direito, e no sistema da *civil law* pela aptidão de demonstração ao legislador que o ato legislativo não mais atende ao pensamento da sociedade na questão – exigindo do Estado-juiz constante atenção à forma como a sociedade percebe o Direito e o incorpora. Nesse passo, o Poder Judiciário tem o condão de servir, por suas decisões, como elemento de mudança do ordenamento jurídico.

Em outro vértice, Pugliese (2016, p. 46-47) trabalha os conceitos de coerência sistêmica, aumento de provisões judiciais e de vinculação do órgão julgados às suas decisões pretéritas,

acrescendo ainda o efeito de previsibilidade para as condutas dos cidadãos⁷², para articular a base do dever de estabilidade proposto por Melvin Eisenberg, como sendo a estabilidade das regras estabelecidas pelo Judiciário.

Explorando o tema, Haddad (2018, p. 128) rememora que a *estabilidade, também chamada de coerência em sentido amplo, determina que a decisão judicial esteja em consonância com a Constituição e com os demais textos normativos*. Reflete, nesse sentido, a dimensão dinâmica intertemporal da segurança jurídica, como se verá no capítulo próprio.

É neste cenário que se depreende, então, a aplicação do princípio do *stare decisis*, como instrumento para determinar que os magistrados observem e respeitem as decisões anteriores proferidas por tribunais que integrem ou aos quais estejam subordinados. Vale dizer, que encontrem nesse conjunto de decisões os valores e normas – em sentido amplo – que informam o Direito como integridade e os observem, contribuindo para a coerência do sistema.

O aprofundamento quanto ao conteúdo do princípio do *stare decisis*, especialmente sob o prisma da Justiça Eleitoral nacional, além da exploração da sua aptidão de conferir um efeito vinculante horizontal e vertical a um certo conjunto de decisões e da percepção do romance em cadeia, é objeto do próximo capítulo.

⁷² O tema da previsibilidade decorrente do conjunto de decisões judiciais entendidas como precedentes não é tratado nesta pesquisa.

4. A ASCENSÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O resgate do modelo positivista de Direito defendido por Hart, ainda que necessário no contexto deste estudo, exige a visitação do pós-positivismo e de sua influência primordial na moderna conformação do modelo jurídico pátrio.

O desincumbir dessa proposta passa pelo exame inicial da nomenclatura “pós-positivismo” em cotejo com a designação “neoconstitucionalismo”, depois pelo escrutínio de suas características mais distintivas e, por fim, os efeitos dessa concepção jurídica sobre o tema de precedentes judiciais no âmbito brasileiro.

4.1. PÓS-POSITIVISMO OU NEOCONSTITUCIONALISMO?

A existência de duas nomenclaturas desafia a compreensão sobre a existência de dois movimentos jurídico-filosóficos distintos, entre si e em relação ao positivismo jurídico. Conforme expõe Bustamante (2005, p. 11) *a expressão positivismo pode ser entendida em números sentidos, tornando-se imprescindível um prévio esclarecimento acerca de qual deles estamos falando*. Adota-se, aqui, o sentido da expressão positivismo jurídico contido na obra “O Conceito de Direito”, de H.L.A. Hart.

A própria expressão pós-positivismo traduz a ideia de que se trata de uma teoria jurídica posterior, seguinte, que sucedeu ao positivismo jurídico. Nessa trilha, colhe-se minimamente o suporte de Atienza⁷³ quanto ao encerramento do ciclo do positivismo jurídico, ao afirmar que *este concluiu também o seu ciclo, como consequência da constitucionalização de nossos direitos* (ROESLER, 2007, p. 46).

Barroso (2005, p. 4), reconhece como marco inicial do pós-positivismo o momento após o final da 2ª Guerra Mundial, afirmando que *a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação*. Nesse sentido, *o pós-positivismo é o marco filosófico do novo direito constitucional*.

Em compreensão análoga, ao tratar da expressão pós-positivismo, Maia (2011, p. 6) consigna que se justificou na medida em que a incorporação dos princípios jurídicos e dos valores a eles atrelados implicou o abandono de uma das características principais do paradigma do positivismo jurídico – a não-conexão necessária entre direito e moral.

⁷³ A citação está contida em trecho de diálogo entre Manuel Atienza e Claudia Rosane Roesler, convertido em capítulo de livro, e retrata manifestação formulada pelo jurista espanhol.

As duas exposições têm, em comum, a limitação do sentido da expressão pós-positivismo, por se tratarem de proposta teórica que nega o positivismo jurídico sem, com isso, afirmar que se trata de sinônimo do neoconstitucionalismo. Em verdade, tal afirmação seria tarefa desafiadora em razão da dificuldade de se definir, de forma absoluta, esse fenômeno. Como sustenta Sarmiento (2009, p. 96):

[...] não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.

Há, ainda, quem encontre um padrão de identidade entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, como explica Nojiri⁷⁴ (2012, p. 49): *Se olharmos com atenção, veremos que tanto o neoconstitucionalismo quanto o pós-positivismo, no fundo, pregam o mesmo: a superação do positivismo jurídico mediante o reconhecimento de valores éticos e morais no ordenamento jurídico.*

É interessante, dentro do contexto deste estudo, pinçar a manifestação de Sarmiento (2009, p. 4) de que Dworkin integra as hostes neoconstitucionalistas como um não-positivista, e em medida similar é a constatação feita por Manuel Atienza, em diálogo com Roesler (2007, p 46-47⁷⁵) ao rejeitar o acerto da expressão pós-positivismo para abarcar a concepção de direito de, entre outros, Ronald Dworkin, entendendo melhor a compreensão neoconstitucionalismo.

Isso em razão de vivenciarmos um paradigma de direito no qual há centralidade do papel da Constituição, especialmente como fonte de validade das normas, somado à existência de tribunais constitucionais encarregados do controle de constitucionalidade das leis.

Há um intervalo significativo de tempo entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a introdução do termo neoconstitucionalismo na discussão jurídica nacional, pois, conforme indica Sarmiento (2009, p. 102) isso só veio a ocorrer em 2003, quando publicada a obra Neoconstitucionalismos, de Miguel Carbonell.

Uma possível aplicação retroativa do termo é que permite, em tese, constatar que nas duas referências postas de Sarmiento e Atienza, mais especialmente neste, houve um avanço

⁷⁴ Recomenda-se a leitura integral de: NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁷⁵ Idem à nota de rodapé nº 73.

conceitual para inserir o neoconstitucionalismo sem necessariamente o vincular ao pós-positivismo.

Retomando as raias do mencionado paradigma, e dentre as muitas propostas conceituais para neoconstitucionalismo como teoria do direito, adota-se a ofertada por Barroso (2005, p. 42), para quem se trata de um novo direito constitucional, informado por um marco temporal (o período do pós 2ª Guerra Mundial), um marco filosófico, calcado na centralidade dos direitos fundamentais e na reaproximação do direito e da ética, e cujo marco teórico está escorado em três *principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.*

Ainda no campo conceitual, é de valia a anotação feita por Sarmiento (2009, p. 96), de que no período do pós-guerra, na Alemanha e na Itália, e posteriormente na Espanha e Portugal, quando encerradas as ditaduras de direita, as novas constituições investiram na *jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.* O fenômeno teve grandes reflexos nos demais países de tradição romano-germânica (KOMATSU, 2012, p. 2), dentre os quais o Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988.

O norte teórico da separação dos poderes também recebe uma nova leitura, informando Sarmiento (2009, p. 98) que sua leitura clássica [...] que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaços e outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.

Ressalta-se que o fenômeno da constitucionalização do Direito, um dos três pilares da versão de neoconstitucionalismo ora adotada, não produziu efeitos no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, onde viveram H.L.A. Hart e Ronald Dworkin, respectivamente, como destaca Barroso (2005, p. 14) pois, no caso inglês, não há uma Constituição escrita e rígida que dê azo a uma jurisdição constitucional e a um sistema de controle de constitucionalidade.

Já no modelo estadunidense a razão é invertida, pois desde o primeiro momento lá se adotou um constitucionalismo escrito e um modelo de controle de constitucionalidade, sendo-lhe uma característica histórica a interpretação do direito à luz da Constituição.

Assim, apesar de os modelos teóricos do Direito já expostos neste estudo não terem sido pensados em sistemas jurídicos que experimentaram a ascensão do neoconstitucionalismo, no momento de importação dos institutos e teorias jurídicas para o ordenamento jurídico nacional

revela-se inescapável que sejam submetidos, em toda a extensão possível, às diretrizes da nova teoria filosófica do direito que se encontra, hoje, no estado da arte da compreensão jurídica nacional.

Em derradeiro aceno a Hart, no contexto do neoconstitucionalismo, encontra-se no pensamento de Bustamante (2008, p. 147) a seguinte passagem, após tratar do rompimento do não-positivismo com a ausência de conexão entre o Direito e a Moral que marcou o positivismo jurídico:

Uma tal teoria depende da adoção de um espectro de análise que foi primeiramente destacado por Herbert L. Hart: o “ponto de vista interno”. Sem considerar esse ponto de vista é impossível tanto estabelecer uma teoria da argumentação capaz de atribuir racionalidade e objetividade ao Direito, quanto alcançar a pretensão de justiça sustentada pelos pós-positivismos (ou neoconstitucionalismos).

O estudo dessa pretensão se justiça faz necessário o exame das três principais características já mencionadas.

4.2. AS CARACTERÍSTICAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O marco teórico proposto por Barroso para a fixação das características do neoconstitucionalismo contempla três tópicos: (i) o reconhecimento de força normativa à Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, que se analisa separadamente.

4.2.1. Força normativa da Constituição⁷⁶

Antes de se poder examinar o que é a força normativa da Constituição, anota-se a constatação de Sarmiento (2009, p. 96-97) de que *as constituições europeias do 2º pós-guerra – e também a Constituição Federal de 1988 – são [...] documentos repletos de normas impregnadas de elevado valor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições.*

O câmbio de um documento político carente da atuação do legislador para lhe conferir um suporte normativo de eficácia para um complexo de normas ao qual se confere o máximo

⁷⁶ A obra de referência no tema é HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

valor do ordenamento jurídico e a aptidão de serem eficazes, por si sós, está na origem da força normativa da constituição.

Hesse (1991, p. 14) identifica que o pensamento jurídico anterior, o positivismo jurídico, adotava o dogma da separação entre a realidade a norma e propõe a superação dessa alternatividade, defendendo que *a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.*

O autor prossegue distinguindo a pretensão de eficácia das normas constitucionais das condições para sua realização, na medida em que não é um simples resultado das condições fáticas de sua vigência, ou seja, não está apenas no campo do ser, mas mergulha no dever-ser ao procurar *imprimir ordem e conformação à realidade política e social* (p. 15). Distingue, assim, a Constituição real da Constituição jurídica. É a concretização da pretensão de eficácia que confere força normativa à última.

Sarmiento (2009, p. 100) argumenta que antes de 1988, as constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Nessa extensão, a nova proposta do neoconstitucionalismo endereça um problema com uma solução: conferir eficácia concreta às normas constitucionais.

É no âmbito da pretensão de eficácia das normas constitucionais que se constata serem dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagar os mecanismos de coação, de cumprimento forçado (BARROSO, 2005, p. 6).

Vale dizer, deixa de ser necessário um insuflamento legislativo ordinário que viabilize a direta relação de eficácia das normas constitucionais com o contexto histórico-social no qual inseridas, reforçando o caráter de dever-ser da Constituição jurídica. Dessa maneira, suas normas têm aptidão de eficácia direta na sociedade e seu eventual descumprimento autoriza a busca por instrumentos de reparação.

Justamente esse mecanismo de proteção da eficácia das normas constitucionais que desencadeia a próxima característica do neoconstitucionalismo.

4.2.2. Expansão da jurisdição constitucional

Barroso (2005, p. 06) aponta que um dos elementos comuns às novas constituições surgidas na segunda metade do século XX envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário.

Rememorando o contexto de constituições escritas e rígidas já exposto, somada a criação de núcleos de direitos que estão protegidos do processo político majoritário – em maior ou menor extensão, a depender do caso concreto – e a adoção de instrumentos processuais para a proteção desse núcleo indissolúvel, é inescapável a judicialização de eventuais descumprimentos dessas normas.

A adoção dos modelos de controle de constitucionalidade, de forma difusa ou concentrada em cortes constitucionais, é uma dimensão dessa característica. Acrescente-se, no ponto, que as técnicas de atribuição de efeitos vinculantes, para o Poder Judiciário e para toda a Administração Pública, das decisões proferidas pela Corte Constitucional em sede de controle de constitucionalidade (artigo 102, § 2º, da Constituição Federal) é uma forma de externar a força normativa da Constituição, especialmente pela conformação da realidade à interpretação constitucional pelo órgão competente.

Sarmento acrescenta que, no caso brasileiro, a sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu, em larga medida, o processo de judicialização da política, ao alargar e fixar o rol de legitimados a provocar a atuação do STF. Além disso a Constituição hospedou em seu texto inúmeros princípios vagos, mas dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação (2009, p. 101), ampliando sobremaneira a atuação do Supremo Tribunal Federal e a amplitude de eficácia de suas decisões.

O incremento da jurisdição constitucional também pode se revelar por outros instrumentos, destacando-se no caso brasileiro a repercussão geral dos recursos extraordinários como exigência para o acesso à Corte Constitucional (artigo 102, § 3º, da Constituição Federal), e os instrumentos de reclamação contra eventual descumprimento de súmula vinculante (artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal) ou, também, quando verificada usurpação da competência do STF (artigo 102, inciso I, alínea I, da Constituição Federal).

Dentro do campo mais específico desse estudo, a legislação infraconstitucional conferiu uma nova camada de proteção à jurisdição constitucional ao determinar, por meio do artigo 927, incisos I e II, do CPC, que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante servirão como fontes de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

Não se confunde a zona de incidência dos efeitos vinculantes previstos no artigo 102, § 2º, da Constituição Federal e renovados no artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória

de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, dos efeitos advindos do artigo 927, do Código de Processo Civil.

Isso porque os primeiros recaem sobre o dispositivo da decisão e os segundos protegem os fundamentos utilizados na decisão da Corte Constitucional, ampliando a força normativa da Constituição ao uniformizar não apenas a aplicação da norma constitucional, mas a sua interpretação e racionalização, dentro do ordenamento jurídico, externada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, o exame verticalizado da conformação da norma constitucional deixa de estar contido aos debates travados na Corte Constitucional e assume um papel disseminado de vincular todo o Poder Judiciário nacional.

Não se descarta que houve um conseqüente incremento de responsabilidade da Corte Constitucional na condução de seus julgamentos – ainda que sob o signo do dever-ser – especialmente sentida em razão de as constituições contemplarem um conjunto ampliado de regras e princípios, ocasionando o surgimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

4.2.3. Nova dogmática de interpretação constitucional

O neconstitucionalismo conferiu às normas constitucionais uma eficácia antes desconhecida e munuiu o Estado-juiz de meios de compelir a observância e cumprimento dessas normas.

A inserção nas constituições de um núcleo de direitos bem protegidos fez-se acompanhar do acolhimento constitucional de cláusulas gerais, princípios, técnicas de ponderação e argumentação jurídica.

Quando vista a Constituição Federal de 1988, por esse prisma, conclui-se, com Bonat e Hartmann (2020, p. 77) tratar-se de uma *Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas (fatores de indeterminação do direito), em detrimento das categorias e definições precisas e unívocas cultivadas, tradicionalmente, pela dogmática jurídica*. Daí a necessidade de uma nova dogmática, de um novo conjunto de premissas que desenhem o horizonte de interpretação constitucional.

A textura aberta do direito, já examinada alhures, encontra um novo horizonte nas cláusulas indeterminadas – as quais Barroso (2005, p. 9) denomina de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados – que na lição de Martins-Costa (1998, p. 8) constituem:

disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da ratio decidendi, a ressystematização desses elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.

Pereira (2014, p. 48), indica a boa-fé objetiva, a função social e a razoabilidade como exemplos de cláusulas gerais no nosso ordenamento jurídico.

Não há dúvidas do rompimento dessa proposta conceitual com o paradigma de certeza que pautava o reconhecimento de regras jurídicas no âmbito do positivismo. De igual modo, reconhece-se o papel essencial do Estado-juiz na construção do Direito, por meio da fixação de significados para os conceitos jurídicos indeterminados, o que também ocorre nos julgamentos da Corte Constitucional, especialmente quanto ao preciso significado conferido às normas constitucionais abertas.

No ponto, Barroso (2015, p. 352) não hesita em afirmar que a atribuição de sentido a um conceito jurídico indeterminado exige uma atuação técnica que pode se basear, entre outros elementos, em precedentes judiciais.

A inclusão dos princípios no campo da interpretação da dogmática constitucional *os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico* (BARROSO, 2015, p. 356).

Assim como em relação ao conceito de neoconstitucionalismo, há uma multiplicidade de definições para o conceito de princípio jurídico. Embora essa verticalização não esteja no centro do debate, haja vista a proposta de identificação dos princípios como integrantes do bloco de normas constitucionais e a possibilidade de sua utilização no desempenho da jurisdição, especialmente na Corte Constitucional, de modo a se manter a coerência com o restante do estudo já elaborado, adotar-se-ia, aqui, o conceito de princípio jurídico subscrito por Ronald Dworkin, já exposto.

A aplicação dos princípios pode ocorrer pela incidência direta de seus núcleos essenciais de sentido ao caso concreto, como se fossem regras, ou por meio da técnica de ponderação, como lembrou Barroso (2015, p. 360).

A técnica de ponderação se revela nos julgamentos judiciais quando se identifica a colisão entre duas normas como aplicáveis ao caso concreto, incumbindo ao Poder Judiciário, nessa hipótese identificar quais os valores jurídicos contidos nas normas em conflito,

sopesando-as no caso concreto, para ao final, amparando-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, proferir decisão que apazigue, na *fattispecie*, o conflito normativo.

Nesse contexto, é inescapável concluir pelo elevado ônus argumentativo imposto ao Estado-juiz no desempenho do juízo de ponderação. Revela-se insuficiente o simples exercício do silogismo jurídico porque há a proteção de valores jurídicos, por vezes morais, que exigem do intérprete um cotejo mais aguçado entre o texto normativo e a realidade fática na qual inserida a demanda.

Derrotada a aplicação simples do modelo de silogismo jurídico pelo neoconstitucionalismo, surgiram novas propostas de argumentação jurídica para servir de suporte às exigências da jurisdição constitucional. Como expõe Pereira (2014, p. 50):

O problema da indeterminação do direito é uma das tendências mais importantes da teoria jurídica contemporânea, as quais conscientes de que a pretensão de construir teorias abstratas e gerais que reduzam essa indeterminação é uma quimera, deslocaram seu objetivo de preocupação para o processo de tomada de decisão judicial, com o objetivo de pensar e construir critérios de argumentação que reduzam a arbitrariedade e irracionalidade no raciocínio jurídico.

O destaque, nesse campo, é para as propostas teóricas de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. A primeira já foi explorada, em especial porque oriunda de um sistema jurídico com forte utilização de precedentes judiciais vinculantes. A proposta de Alexy foi produzida dentro do modelo romano-germânico de direito, e embora se possa argumentar que frui de maior compatibilidade sistêmica com o ordenamento jurídico brasileiro, não encontra alinhamento mais profícuo com o modelo de precedentes judiciais⁷⁷.

Anote-se, por cautela, que não se desconhece a adoção da teoria de Robert Alexy, por parcela da doutrina nacional⁷⁸, como fundamento para uma teoria de precedentes judiciais. Sem adentrar ao mérito dessa compreensão reforça-se, contudo, que o enfoque adotado para a presente pesquisa é centrado apenas a posição teórica externada por Ronald Dworkin.

O que se observa, enfim, é que todos os elementos constitutivos dessa nova dogmática constitucional estão logicamente relacionados. A ampliação do conjunto de normas constitucionais, abarcando conceitos jurídicos indeterminados e princípios jurídicos, conduz a

⁷⁷ Em razão da exposta incompatibilidade com a essência do estudo proposto, sugere-se a leitura complementar de: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 6ed., 2021.

⁷⁸ Por todos: GARCIA, Arthur Vinicius Bezerra. Precedentes Vinculantes de Facto no Sistema Brasileiro a partir da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF, 2017, Brasília. Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 78-96.

um novo enfrentamento da textura aberta do direito, com o reforço da importância do papel do intérprete constitucional.

Em razão das limitações das antigas técnicas de interpretação judicial para a solução de conflitos de normas constitucionais aplicáveis a uma mesma situação concreta, exige-se a criação de novas técnicas de argumentação jurídica que contemplem a solução desses conflitos e que, também, sirvam para a concretização da eficácia das normas constitucionais.

Esse modelo de dogmática favorece, sem dúvidas, o fortalecimento de um modelo de precedentes judiciais.

O neoconstitucionalismo prestigia o direito construído pelos juízes diante da realidade fática, permitindo-lhes inclusive a adoção de técnicas de interpretação e argumentação que conferem concretude à textura aberta do direito e, ainda, importa em elevado relevo ao papel da Corte Constitucional, colocando-a em papel de irradiação da compreensão do direito nacional, por meio da interpretação das normas constitucionais.

Assim, embora o fenômeno não tenha sido sentido no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, berço dos modelos de precedentes judiciais aqui estudados, é inegável que a sua adoção nos modelos jurídicos filiados ao modelo romano-germânico lança terreno fértil para a aceitação e criação de um sistema de precedentes judiciais.

4.3. CRÍTICA AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Não parece haver dúvidas quanto à aceitação conferida ao neoconstitucionalismo entre nós. Sarmiento (2009, p. 103) indica que

Estas novas ideias já reverberam fortemente na jurisprudência nacional, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de suas decisões.

Como se indicará mais adiante, o Tribunal Superior Eleitoral também encampa o posicionamento filosófico do neoconstitucionalismo, com destaque para as situações nas quais se defronta com hipóteses de aplicação de princípios jurídicos ao caso concreto.

Entretanto, a constatação da aceitação do neoconstitucionalismo pelo pensamento jurídico brasileiro não traduz, automaticamente, a certeza de que essa aceitação foi pela integralidade dos juristas – na generalidade do termo – ou, ainda, que não foram formuladas críticas à proposta neoconstitucionalista.

Dentre as críticas, aponta-se, em primeiro lugar, a formulada por Rossi (2015, p. 19), quanto à validade da própria proposta teórica primordial do neoconstitucionalismo, conferindo-lhe a mácula de não ser distinto do que o próprio positivismo:

O chamado neoconstitucionalismo não é uma teoria pós-positivista, seja porque não ultrapassou o positivismo lógico-normativista Kelseniano, seja pelo fato de que não percebe e não aplica a distinção entre texto legal e norma jurídica: seus seguidores utilizam-se da técnica da ponderação de princípios ou valores – cuja solução é uma regra que se aplica por subsunção ou, ainda, mesmo na aplicação das regras também manejam a técnica do silogismo por subsunção.

No campo das relações institucionais, traz-se a crítica feita por Vieira (2008, p. 457), quanto à própria atuação do Supremo Tribunal Federal no contexto do neoconstitucionalismo, afirmando, em sede de conclusão:

[...] se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas.

Também se pinça de Sarmiento (2009, p. 106), as seguintes três objeções ao neoconstitucionalismo:

(a) a de que seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

A primeira crítica costuma estar relacionada com a discussão quanto ao ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, perpassando a questão do déficit democrático na indicação de seus membros e, de outro vértice, as hipóteses de judicialização da política, seja em razão da inércia, ou mora, do Poder Legislativo, seja porque a derrota sofrida no Poder Legislativo é renovada sob o manto de discussão judicial.

Quando transposta para a Justiça Eleitoral, a crítica do ativismo judicial reverbera com maior intensidade quanto ao exercício do poder regulamentar e do poder consultivo concedidos pelo legislador à Justiça Eleitoral. Por não tangenciar, com maior intensidade o objeto do presente estudo, não se aprofunda a questão.

Da mesma forma, em relação à panconstitucionalização do Direito, derivada de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional (Sarmiento, 2009, p. 112), também encontra menor eco no direito eleitoral. Ainda que a Constituição se preocupe em assentar o núcleo irredutível dos direitos eleitorais como fundamentais, há uma considerável parcela da legislação eleitoral remetida à legislação infraconstitucional e que é, rotineiramente, interpretada sem a infusão de princípios constitucionais.

O tema não afeta, sobremaneira, a produção judicial da Justiça Eleitoral para impactar o estudo de um sistema de precedentes judiciais eleitorais e, portanto, não será aprofundado nessa oportunidade.

O terceiro ponto de contrariedade ao neoconstitucionalismo, quanto à preferência por princípios e pela técnica de ponderação, é sentida de forma similar na crítica feita por Ávila (2009⁷⁹), escorada em quatro fundamentos: (i) a mudança do fundamento normativo, da regra para o princípio; (ii) da mudança do fundamento metodológico, da subsunção para a ponderação; (iii) mudança do fundamento axiológico, da justiça geral para a justiça particular; e (iv) mudança do fundamento organizacional, do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

O Livre-Docente da Universidade de São Paulo refuta a proposta neoconstitucionalista de mudança do fundamento normativo, da regra para o princípio, consubstanciado na proposição de que a Constituição Federal de 1988 é uma Constituição Principiológica.

Registra que a Constituição tem regras e princípios, cada qual com funções diferentes, não se podendo falar, desse modo, em primazia de uma norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares (2009, p. 3).

Empreende então análise da Carta Cidadã sopesando que é qualificada de “analítica” justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios, sendo possível concluir que a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição de regras (2009. P. 4).

Esse reconhecimento produz, segundo Ávila, dois problemas, um científico e outro metodológico. O primeiro é de que seria falsa a afirmação de que a Constituição Federal de 1988 é principiológica.

Já o problema metodológico retrata a quebra do fundamento proposto pelo neoconstitucionalismo de preponderância da técnica de ponderação, ante a prevalência de

⁷⁹ Sugere-se, enfaticamente, a leitura do artigo, diante da verticalidade das críticas expostas e da coerência com que expostos os fundamentos do autor.

regras no texto constitucional. Nesse caso, *o modo de aplicação típico deveria ser a correspondência conceitual vinculada a finalidades em vez da ponderação horizontal* (2009, p. 5).

Propõe, ainda, análise quanto aos conflitos entre regras e princípios. No caso das regras constitucionais, seja o conflito efetivo ou aparente, afirma que deve vencer a regra, explicando (2019, p. 5):

No caso de regras constitucionais, os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento e custos do poder.

Rejeita, igualmente, a possibilidade de que a aplicação dos princípios constitucionais permita a redução do campo de incidência das regras constitucionais pela redução, para além do mínimo, do significado mínimo das palavras que estruturam a regra, sob pena de eliminar a sua função de dirimir conflitos (2009, p. 6).

Em outro plano, Ávila (2009, p. 6) concorda que os princípios constitucionais devem ser empregados para *interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes*. Contudo, alerta que o aplicador do direito *não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência o fato previsto em sua hipótese*.

A crítica ora posta produz seus efeitos na Justiça Eleitoral, como se verá adiante no caso da indivisibilidade das chapas que disputam as eleições pelo sistema majoritário.

A segunda camada de críticas perscruta a mudança do fundamento metodológico, da subsunção para a ponderação, anunciando Ávila (2009, p. 7), de saída, que *o paradigma da ponderação não pode ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico*.

O argumento se desenvolve indicando que a adoção preferencial da técnica de ponderação rende todo o restante do ordenamento jurídico hierarquizado em um único plano secundário de normas sujeito à aplicação dos princípios constitucionais.

Prossegue indicando que essa condição *aniquila com as regras e com o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa* (2009, p. 8), ponto em que se conecta com a percepção de Sarmiento quanto ao déficit democrático do Poder Judiciário.

Nessa medida, defende que a utilização dos princípios constitucionais para superar a aplicação de regras viola a competência do Poder Legislativo e, em igual intensidade, a própria Constituição Federal no que contempla os princípios democrático, da legalidade e da separação dos poderes. Não se olvide que Sarmiento já fez o alerta, alhures registrado, de que o neoconstitucionalismo opera nova contextualização do princípio a separação dos poderes.

Conclui Ávila 92009, p. 8-9) pela existência de dois paradoxos:

A interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais – os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte). Esse primeiro paradoxo conduzi a um segundo: quando tudo está na Constituição, e nada na legislação que deveria estar conforme a ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa e servir de referência superior pela inexistência ou irrelevância do elemento inferior. Privilegia-se a supremacia constitucional, eliminando-a.

O arremate da crítica centra artilharia no subjetivismo que informa as decisões judiciais, reduzindo o caráter heterolimitador do direito, podendo vir a transformar as regras na versão escrita de conselhos, ou seja, sugestões cuja obediência carece de eficácia concreta haja vista a possibilidade de seu afastamento pela técnica da ponderação.

A terceira camada da crítica de Ávila (2009, p. 12) trata da mudança do fundamento axiológico, da justiça geral para a justiça particular, sendo formulada no seguinte questionamento: *deve a dimensão de justiça particular ser aceita como prevalente sobre a justiça geral?*

Averba, ainda, o professor paulista (2009, p. 12) que a primazia da justiça particular sobre a geral parte do pressuposto de que o exame das particularidades do caso é o melhor caminho para a solução justa. Essa concepção segue a ideia correta de que a aplicação das regras provoca, em algumas situações, resultados injustos.

Glosa-se, da discussão, os casos de sobre-inclusão ou sub-inclusão de elementos na regra, por meio do princípio da razoabilidade, centrando-a nos casos normais, naqueles nos quais o aplicador do direito questiona se está autorizado a *buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, eventualmente, desprezando a “solução da lei” em favor da construção da “lei do caso”* (ÁVILA, 2009, p. 14).

A defesa é de que as regras servem ao propósito de eliminar, ou diminuir, conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder e, portanto, devem possuir um conteúdo mínimo que não pode ser alterado pela subjetividade do aplicador do direito, vindo a ser

derrotada a sua função primária de redução de incertezas e prejuízo à justiça geral que serve de baliza para a adequação prévia de condutas dos jurisdicionados (ÁVILA, 2009, p. 14-15).

A questão da prevalência da justiça no caso concreto, a despeito da existência de normas jurídicas contidas em regras, também se revela presente no exercício da função jurisdicional da Justiça Eleitoral, e será enfrentada em capítulo próprio.

O quarto elemento da crítica formulada por Ávila não guarda relação com o tema do presente estudo, não sendo aqui analisado.

A exposição dos fundamentos e aportes teóricos do neoconstitucionalismo e da existência e do teor de suas críticas⁸⁰ não tem por objetivo a tomada de uma posição favorável, ou não, a essa proposta teórica do direito, ainda que se reconheça a coordenação, impacto e possíveis concretizações indesejadas dos aspectos levantados por Ávila e Sarmento.

É inafastável o reconhecimento de que o Supremo Tribunal Federal se alinha com a proposta do neoconstitucionalismo, sendo perceptível essa tomada de posição também nas outras divisões do Poder Judiciário nacional, inclusive a Justiça Eleitoral.

A ascensão do neoconstitucionalismo, especialmente sob o prisma da valorização da atividade do Poder Judiciário e de sua tangência com o papel de relevo conferido aos precedentes judiciais, mormente a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015, além da dimensão de peso conferida aos princípios jurídicos na ordem jurídica nacional, revelam a existência de um ambiente favorável à recepção da teoria jurídica proposta por Ronald Dworkin.

Isso não significa a sua automática recepção despida de uma tradução cultural e de uma dimensão de ajuste à realidade brasileira, inclusive em razão da prática amiúde do direito pelos tribunais nacionais e, mais detidamente, da atuação da Justiça Eleitoral e de uma proposta de precedentes judiciais eleitorais.

Para o desenlace desse esforço interpretativo entende-se necessário, primeiro, traçar um arco de compreensão quanto ao *stare decisis*, elemento central da eficácia dos sistemas de precedentes das tradições jurídicas anglo-saxãs, para depois lançar seu cotejo com a realidade verificada na Justiça Eleitoral.

⁸⁰ Registra-se, por fim, a existência de crítica de Komatsu (2012, p. 19-34) que enfrenta pontualmente a atribuição do caráter de positivas às características que Barroso (2005, p. 42) atribuiu ao neoconstitucionalismo.

5. STARE DECISIS OU BINDING PRECEDENTS

Nos sistemas jurídicos filiados ao *common law* adota-se a *doctrine of stare decisis* que, em verdade, é a abreviação da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, cuja tradução, tomada de empréstimo de Re (1994, p. 282) é *mantenha-se a decisão e não se disturbe o que foi decidido*, acrescentando que essa doutrina *tem raízes na orientação do common law, segundo a qual um princípio de direito deduzido através de uma decisão judicial será considerado e aplicado na solução de um caso semelhante no futuro*.

No contexto do *common law*, é costumeira a utilização, como sinônimos, de *doctrine of stare decisis* e de *doctrine of binding precedents* (por todos, SLAPPER e KELLY, 2017, p. 179), ou seja, como uma doutrina de precedentes vinculantes.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que a expressão inglesa *doctrine* não agasalha conteúdo semelhante ao da sua contraparte na língua portuguesa, doutrina. Isso porque nos sistemas jurídicos filiados ao *common law* o *stare decisis* impõe ao magistrado a obrigação de fundamentar suas decisões à luz de precedentes judiciais. Ainda que a natureza dessa obrigação não seja legal – como se verá abaixo – não há notícia, entre nós, de que a doutrina – estudo dogmático do direito – exerça função similar no nosso sistema jurídico.

Vale dizer, há necessidade de aplicação de um filtro jurídico-cultural que possa indicar, com maior precisão, de como seria a compreensão do *stare decisis* no Brasil.

Afastada a equivalência com o nosso conceito de doutrina, colhe-se a manifestação de Ramires (2010, p. 65), no sentido de que a *palavra doctrine, por sua vez, é mais bem transcrita neste contexto por ‘regra’, de modo que a doctrine of stare decisis representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado* (sublinhei).

Também se encontra a posição de Macêdo (2019, p. 214), no sentido de que:

*O stare decisis estabelece que as normas reconhecidas nos precedentes devem ser seguidas pelos juízes subsequentes, entretanto, as razões para seguir determinada norma podem ser superadas no caso concreto, diante de outras razões albergadas pelo sistema jurídico em sentido contrário, o que resulta na superação (overruling). O dever de seguir precedentes, portanto, é determinado pelo princípio jurídico do stare decisis, reconhecido em países como Estados Unidos e Inglaterra e, com a eficácia normativa do CPC/2015, também no Brasil.*⁸¹

⁸¹ O autor averba, na nota de rodapé nº 6 (2019, p. 214-215), elenca autores do mundo anglo-saxão que entendem o *stare decisis* como princípio: Melvin Aron Eisenberg, Robert S. Summers e Theodore M. Benditt, mencionando ainda decisão do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido: Agravo Regimental no Agravo de

Em razão das diferenças que se observa entre a *doctrine of stare decisis* e o modelo de precedentes obrigatórios instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente no âmbito da Justiça Eleitoral, cujo cotejo se fará em outro capítulo desse estudo, adota-se a nomenclatura *stare decisis*, sem uma qualificação como doutrina, regra ou princípio.

Isso porque não se encontrou a presença, em nosso ordenamento, de uma norma jurídica que determina eventual sanção ou penalidade disciplinar ao magistrado que não cumpra a regra do *stare decisis*, tampouco um princípio jurídico que a ele se contraponha para permitir um cotejo das dimensões de peso para o afastamento da sua incidência. É, sem dúvida, um elemento da técnica de decisão do magistrado, mas não se apresentam elementos suficientes para tornar necessário o seu reconhecimento como regra ou como princípio.

Nesse sentido, cumpre analisar o contexto jurídico no qual inserida a *doctrine of stare decisis* e quais os seus elementos mínimos de definição para, posteriormente, aferir a sua compatibilidade com a Justiça Eleitoral brasileira.

O trilhar dessa vereda estreita perpassa a compreensão da formação histórica do *stare decisis*, quais os elementos das decisões judiciais – precedentes – sobre os quais se aplica, qual o alcance horizontal e vertical dos seus efeitos e o motivo pelo qual é apto a produzir esses efeitos.

5.1. COMPREENSÃO HISTÓRICA

As origens do *stare decisis* estão no *common law* inglês, cujo surgimento, como explica David⁸², é posterior à conquista normanda da Inglaterra no ano 1066. Até esse momento, existia o Direito anglo-saxônico, propriamente dito, adstrito aos costumes locais e aplicado pelas assembleias de homens livres – *County Court*. O implemento de um novo conjunto de cortes reais não afastou, de pronto, a aplicação do Direito baseado em costumes.

A substituição desse modelo de direito pelo *common law* somente ocorrerá a partir do século XIII, por obra dos Tribunais Reais de Justiça, também conhecidos como Tribunais de Westminster (2002, p. 359).

Instrumento nº 179.560/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 23.04.1996, DJ 27.05.2005.

⁸² O autor apresenta a expressão *Comune Ley*, de origem na *gíria normanda*, como sinônimo de *common law*, indicando que essa será a língua adotada pelos juristas ingleses até o século XVII (2002, p. 358). Alvim; Dantas (2018, p. 73) indicam, a seu turno, que a *designação common vem de direito comum, e diz respeito “aos costumes gerais, geralmente observados pelos ingleses*. Para o aprofundamento da história do direito inglês sugere-se: DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 355-380, e VICENTE, Dário Moura. Direito Comparado. São Paulo: Almedina, 4. ed. rev. e atual., 2018, p. 236-239.

A partir da concentração do Direito no sistema de justiça real, a percepção de um *common law* como conjunto de costumes gerais dos homens, evolui para a compreensão de um direito comum, igual, a todos os homens do reino⁸³.

Duxbury informa que desde o século XIII há menção ao uso de precedentes em ações judiciais – *plea rolls* – porém, com a diferença substancial de que se invocava o próprio julgamento do precedente e não as suas razões ou fundamento, uma vez que não era o costume a sua anotação (2008, p. 32).

A mudança conceitual ocorre no final da dinastia Tudor (segunda metade do século XVI), com o incremento do uso de precedentes como amparo para as decisões de então, inclusive com atenção para os fundamentos versados nos julgamentos anteriores. Essa mudança não trouxe, automaticamente, o caráter vinculante das decisões judiciais anteriores – precedentes – como se infere na manifestação de Hale C.J., em 1670, na qual reconhece a força do *stare decisis*, mas não afirma que este vincula as Cortes (2008, p. 32-34).

Daí a conclusão de Duxbury⁸⁴ (2008, p. 34) de que *o common law não precisa da doutrina de precedentes para ser funcional* e, também, a conclusão de Marinoni (2019b, p. 27) de que *não há que se confundir common law com stare decisis. Ora, o common law, compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos Englishmen, existiu por vários séculos sem stare decisis e rule of precedent*⁸⁵.

⁸³ Hazard e Taruffo (1993, p. 8) identificam dois sentidos para o termo *common law* no âmbito de aplicação aos Tribunais Reais de Justiça. *Common law refers to the king's law as distinct from local law, and hence "the law of the land". Common law also signifies that the law administered by these courts had its origins in decisions of the courts themselves.* “Common law refere-se à lei do rei como distinta da lei local e, portanto, “a lei da terra”. Common law também significa que a lei administrada por essas cortes tinha suas origens nas decisões das próprias cortes”. Tradução livre. A segunda distinção é relevante para apartar o direito (lei) advindo da atividade jurisdicional do direito (lei) oriundo do Parlamento.

⁸⁴ O trecho contém tradução livre a partir do original, e a íntegra da passagem é: *The last three paragraphs point to a straightforward conclusion: the common law does not need the doctrine of precedent in order to function.* Em tradução livre: “Os últimos três parágrafos apontam para uma conclusão direta: o *common law* não precisa da doutrina de precedentes para ser funcional”.

⁸⁵ Duxbury (2008, p. 35) e Marinoni (2019, p. 27, nota de rodapé nº 28) referem-se à seguinte passagem de A.W.B. Simpson: *To a historian at least, any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of stare decisis, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the ratio decidendi, and functioned well enough.* SIMPSON, A.W. B. *The Common Law and Legal Theory*. In: *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 2nd series ed. 1973, p. 77–99, citação em p. 77.

Na Inglaterra, o estabelecimento do *stare decisis* como prática judiciária de reconhecimento da eficácia vinculante de decisões judiciais data de 1861, no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*⁸⁶, e conforme indica Tucci (2021, p. 100):

A House of Lords estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos: "... o direito declarado na ratio decidendi, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os Law Lords, a House of Lords se arrogaria o poder de alterar o direito e legislar com autônoma autoridade.

A definitividade do reconhecimento⁸⁷, porém, não foi imediata. Conforme indicam Romão, Pinto (2015, p. 28-29), somente veio em 1898, no julgamento do caso *London Street Tramways Company v. London County Council*, ocasião em que a House of Lords⁸⁸ assentou que seus precedentes devem ser observados tanto por aquele Tribunal quanto pelos órgãos inferiores na hierarquia do Poder Judiciário. A ementa do julgado é:

LONDON TRANWAYS COMPANY v. LONDON COUNTY COUNCIL – Prática – Decisão da House of Lords – Até que ponto é vinculante para a House. – Uma decisão da House of Lords sobre uma questão de direito é definitiva e vincula a House nos casos sucessivos. Uma decisão errada somente pode ser revista mediante uma lei do Parlamento. (TUCCI, 2021, p. 103).

A chegada do *stare decisis* às 13 Colônias inglesas na América do Norte, assim como todo o sistema jurídico inglês, foi concomitante à vinda dos colonos, *como parte da tradição da common law* (RE, 1994, p. 282), pois como elucida David (2002, p. 449-450), de acordo com o *Calvin's case*, de 1608, *a common law inglesa é, em princípio, aplicável; os súditos ingleses levam-na com eles, quando se estabelecem em territórios que não estão submetidos a nações civilizadas*, com a ressalva de que a aplicabilidade do *common law* às colônias deve observar as condições de vida reinantes no local.

Contudo, a evolução do Direito inglês em território norte-americano seguiu caminhos diversos de sua contraparte insular, notadamente em razão da autonomia de cada uma das colônias no funcionamento do Poder Judiciário local. Nogueira (2011, p. 139) acrescenta o

⁸⁶ Goodhart (1947, p. 349-350), expõe os mesmos critérios temporais para a fixação da “*doctrine of stare decisis*” na House of Lords: em primeiro momento o julgamento de *Beamish v. Beamish* (1861), e depois a solidificação da compreensão no julgamento de *London Street Tramways Company v. London County Council* (1898).

⁸⁷ No mesmo sentido: Macêdo (2019, p. 60), Marinoni (2019, p. 26-27), Tucci (2021, p. 102-103).

⁸⁸ Em razão do Constitutional Reform Act de 2005, a House of Lords teve seus membros transferidos para a Supreme Court of the United Kingdom. Em razão de todas as menções deste estudo ao termo House of Lords referenciamos eventos anteriores a essa mudança institucional, não se adotou a nova nomenclatura.

papel crucial que o modelo de colonização estadunidense desempenhou nessa característica pois *as treze colônias não estavam ligadas fortemente à Inglaterra e sequer eram controladas politicamente pelo país colonizador*.

Dessa forma, não havia uma necessária unidade de interpretação das leis e precedentes oriundos da Inglaterra pelas Cortes coloniais. Assim, era possível que um mesmo precedente inglês recebesse tratamento distinto nas Cortes judiciais de Delaware e de Maryland, por exemplo.

Em reforço, Vieira (2007, p. 192) sugere que em razão das distâncias entre as cidades⁸⁹ e da precariedade dos meios de comunicação da época, não foi possível o surgimento de um sistema de precedentes obrigatórios comum a todos os cidadãos das colônias. Não havia, portanto, um Direito comum a todos os colonos como havia um direito comum a todos os ingleses.

No ponto, Matias (2019, p. 91) acrescenta que as cortes americanas coloniais seguiam a tradição do *judge made law*, mas *não se sentiam constrangidas pelos precedentes fixados pelos tribunais ingleses e eram propensas a buscar a solução das controvérsias mais nos princípios de direito então reconhecidos do que nos casos passados*.

Além dessa distinção, também se colhe da história que as colônias norte-americanas adotaram um sistema de codificação^{90,91}, com a perspectiva de limitação da autocracia. Vicente

⁸⁹ A extensão territorial das 13 Colônias americanas, da capital mais setentrional (Geórgia) à mais meridional (Maryland) é de 1.800 milhas (aproximadamente 2.900 quilômetros), já a distância entre Hastings e Newcastle Upon Tyne, indo do sul ao norte da Inglaterra, é de 342 milhas (aproximadamente 550 quilômetros). Acrescente-se que os ingleses também se beneficiavam do sistema de estradas herdado do período romano, permitindo o deslocamento mais rápido em seu território.

⁹⁰ Vieira (2007, p. 191) indica que o movimento de codificação foi influenciado pelo puritanismo dos colonos e pela opção de terem uma “palavra escrita” e organizada em livros e capítulos, à semelhança da bíblia. No mesmo sentido a posição de David (2004, p. 450). Na mesma toada, Vicente (2018, p. 293) assevera que *[e]sses instrumentos tinham como precedente bíblico a aliança que fez de Abraão e dos filhos de Israel o povo de Deus. Eram o corolário, no plano jurídico, da teologia do pacto, que, como se sabe, constitui uma das bases do protestantismo na formulação que lhe deu João Calvino (1509-1564)*.

⁹¹ O fenômeno da codificação cumpriu papel importante no direito europeu continental, como indica Lôbo Netto (1999, p. 101) ao *assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico*. Para uma melhor compreensão dessa vertente do fenômeno, sugere-se a leitura de: CAPPELLINI, Paolo. Il codice eterno – la Forma-Codice i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo (orgs). **Codici: una riflessione di fine millennio**. Milano: Giuffrè, 2000, p. 11-68; FACHIN, Luiz Edson. O Futuro da Codificação e o Jurista do Amanhã; Idéias para um Debate. In: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7. n. 26, p. 115-124. 2004, ISSN 1415-4951. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_115.pdf. Acesso em 30 ago. 2022; FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 44, p. 61-76. 2006, ISSN 0104-3315. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v44i0.9415>. Acessível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9415>. Acesso em 30 ago. 2022; FONSECA, Ricardo Marcelo. Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra setecento e novecento. In: **Quaderni Fiorentini Per La Storia Del Pensiero Giuridico Moderno**, Milano, v. 33/34, p. 963-984, 2005. Acessível em <http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/33/volume.pdf#page=964>. Acesso em 30 ago. 2022; GROSSI, Paolo.

(2018, p. 294), entende presente nessas codificações *profunda hostilidade do puritanismo relativamente a todas as formas de centralização do poder civil, religioso, a qual teve sua expressão máxima na rejeição do Papado e da supremacia do monarca na Igreja Anglicana.*

Acrescente-se a lembrança de Souza (2013, p. 88) de que *além dos colonos de origem inglesa, havia também colonos vindos da Alemanha, Escócia, Irlanda, Holanda, Suécia e França, entre outros, e talvez isso explique a coexistência, nesse período, do common law com um esboço, mesmo que rudimentar, de codificação.*

Seguindo na história, Séroussi (2006, p. 83) pontua que no século XVIII as *regras do common law importadas da Inglaterra ab origine não traz em todos os casos a solução idônea para problemas locais*, de modo que o desenvolvimento do direito norte-americano culminou, como aponta Vieira (2007, p. 192) com a percepção, no século XVIII, de que o Direito inglês, outrora a lei original e superior das colônias, agora era retratado com traços de direito estrangeiro e dissociado da realidade americana.

Especialmente após o final da guerra da independência houve uma ruptura com a aplicação da lei inglesa – *nunca esteve em questão a aplicação nos Estados Unidos das leis [inglesas] posteriores a 1776* (David, 2002, p. 454) – e com os precedentes firmados na lei inglesa e mesmo os precedentes constituídos na América do Norte em momento anterior à 1776, em razão de sua origem no direito inglês, como pontua Matias (2019, p. 91).

A ênfase na ramificação do Direito inglês entre as colônias norte-americanas se justifica porque na história dos Estados Unidos da América é notória a opção de as 13 colônias deixarem de existir de forma autônoma e passarem a integrar um modelo de federação⁹², decisão que também produziu impactos na compreensão do *stare decisis* naquele país.

Desse período também se pinça o advento do elemento pivotal do sistema jurídico norte-americano: a Constituição Federal (1787), que trouxe em si a mudança de paradigma da fonte do poder estatal, atribuindo-lhe ao povo, como asseverou James Madison: *o povo é a única*

Mitologias jurídicas da modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 87-120; IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. In: **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, v.3, n. 10, p. 15-33, outubro 1979. LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista da Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>. Acesso em 30 ago. 2022; e TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio Janeiro: Renovar, 2000.

⁹² O tema é escrutinado no debate entre os Federalistas e os Anti-Federalistas. Ao final da Convenção da Filadélfia, sagraram-se vencedores os Federalistas. Para o aprofundamento do tema sugere-se a leitura de MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os Artigos Federalistas. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, e de KETCHAM, Ralph. The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates. New York: Penguin, 2003.

*fonte legítima de poder, e é dele que provém a carta constitucional sob a qual os vários braços do poder detém seu poder*⁹³.

A matriz religiosa encontrada nas codificações das colônias também pode ser vista na Constituição norte-americana, como explica Vicente (2018, p. 294):

[...] foi justamente naqueles instrumentos que se inspiraram os redatores da Constituição norte-americana ao gizarem as instituições democráticas e o sistema de governo federal nela acolhidos. Essa inspiração é, aliás, reconhecível no próprio preâmbulo da Constituição, ao qual subjaz a ideia de que os poderes constituídos se fundam num pacto social que constitui a base da comunidade política – do mesmo modo que, na ótica do calvinismo, um tal pacto constitui a base da comunidade religiosa. A constituição norte-americana radica portanto, em última análise, na teologia calvinista.

O exercício do poder nos Estados Unidos, pós Constituição de 1787, é concebido a partir da delegação de poderes do povo aos seus representantes, inclusive a atuação do Poder Judiciário, merecendo atenção a novel percepção de que o ato de um ramo do poder de obstar os excessos de outro ramo representa a defesa da soberania do povo.

Nessa medida, é concebível que o Congresso norte-americano edite legislação que contrarie uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, com o objetivo de defender o que entende melhor representar a Constituição Federal.

No ponto, Gerhardt (2008, p. 9), informa que o pensamento jurídico estadunidense não permite ao Congresso revogar decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos por meio de legislação ordinária, exigindo-se emendas constitucionais, e que apenas 4 (quatro) decisões da Suprema Corte Americana foram alvo desse *backlash* legislativo: *Chisholm v. Georgia, through the Eleventh Amendment; Dred Scott v. Sandford, through the Fourteenth Amendment; Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co., through the Sixteenth Amendment; and Oregon v. Mitchell, through the Twenty-sixth Amendment.*

Sob esse prisma, é interessante observar que a Constituição americana também replica a compreensão do direito inglês da supremacia do Parlamento, contudo, por meio do reconhecimento de que a Constituição representa a vontade do povo, e nela reside a autoridade suprema (BARBOZA, 2014, p. 55).

Acrescente-se que desse traço distintivo da origem do poder se pode extrair a força concedida pelo constituinte originário norte-americano ao Poder Judiciário, especialmente à luz da diferenciação entre os estatutos oriundos das Assembleias legislativas estaduais e a lei fundamental, sendo esta imune àquelas e guardada pelo Estado-juiz.

⁹³ Madison, Hamilton, Jay (1993, p. 343).

Nessa ordem de ideias, é frutífera a passagem atribuída à Alexander Hamilton ao tratar dos conflitos surgidos entre a Constituição e qualquer outro ato proveniente do Poder Legislativo (1993, p. 481), *aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção dos agentes.*

Essa distinção permitiu o surgimento do *judicial review*, instrumento que outorga ao poder judiciário a prerrogativa de conter o exercício do poder iníquo pelo poder legislativo. Isso não significa que aquele é superior a este, mas sim que há superioridade do poder do povo sobre ambos e sempre que a vontade dos seus representantes se opuser à lei fundamental, deve esta ser preservada⁹⁴.

O ápice da supremacia da Constituição, relata Nogueira (2011, p. 146) ocorreu com a *paradigmática e histórica decisão de Marbury x Madison*, no qual o Justice John Marshall concluiu pela nulidade de qualquer ato legislativo que se oponha à Constituição⁹⁵.

Cumprе anotar, em resgate ao papel da Federação, que a Constituição estadunidense adotou o princípio do federalismo, por meio do qual há divisão de poderes entre o governo nacional e os governos estaduais⁹⁶ (FINE, 2019, p. 5).

No ponto, é crítica a observação de Hazard e Taruffo (1993, p. 4) a identidade autônoma dos estados que se originou na Revolução continua a desempenhar um papel da maior significação, porque é a fundação das relações entre os cinquenta estados e entre cada estado e o governo federal⁹⁷.

Ressume, com vigor, a centralidade da Constituição estadunidense naquele sistema jurídico, conforme nota de Séroussi (2006, p. 87) de que as *constituições dos Estados federados só desempenham um papel secundário, para não dizer modesto. Na prática, a Constituição*

⁹⁴ Madison, Hamilton, Jay (1993, p. 481).

⁹⁵ A ementa do julgado, traduzida por Lobo (1997, p. 1), afirma:

Quando a comissão já está assignada pelo Presidente, completa-se a nomeação do funcionário; e a comissão é feita e perfeita quando o Secretário de Estado lhe ostampa o sello dos Estados Unidos. Reter a comissão assim feita e perfeita, e violar legítimo direito adquirido.

O Supremo Tribunal dos Estados Unidos é incompetente para mandar passar alvará de mandamas, ordenando ao Secretário de Estado entregar um documento; a Constituição lhe não dá em taes casos jurisdição originária e é inconstitucional a resolução do Congresso que lh'a conferiu.

Nulla é toda a lei opposta à Constituição.

⁹⁶ Fine (2019, p. 18-19) expõe que o governo federal possui poderes muito fortes, porém limitados. Esses poderes costumam ser chamados de poderes taxativos, uma vez que a autoridade do governo nacional restringe-se àqueles aspectos taxativamente enumerados ou previamente listados na Constituição. [...] O restante dos poderes governamentais está alocado nos estados.

⁹⁷ Tradução livre do original: *the separate identity of the states that originated in the Revolution continues to have major legal significance, for it is the foundation of the relationship among the fifty states and between each state and the federal government.*

federal de 1787, desde então completada por 26 emendas, é a fonte essencial do direito norte-americano.

O federalismo é um elemento que repercute na forma como a Suprema Corte estadunidense e as Supremas Cortes Estaduais aplicam o *stare decisis*, distinguindo-a do modelo inglês, na medida em que buscam *respeitar peculiaridades dos Estados, que podem deter legislação colidente sobre uma mesma questão de fato e/ou direito*⁹⁸. [...] *Por conta disso, a superação do precedente do direito estadunidense é mais comum do que no direito inglês* (ROMÃO, PINTO, 2015, p. 33).

É no seio dessa nova organização política, em cujo centro está a proteção da Constituição Federal contra os arroubos dos Poderes constituídos, em nível federal ou estadual, que surgiu um sistema jurídico independente, com normas próprias, que serviu de nascedouro para a futura concepção norte-americana do *stare decisis*⁹⁹.

Relata Matias (2019, p. 93) que a *doutrina do stare decisis consolidou-se entre a primeira e a sexta décadas do século XIX, sendo certo que a discordância de um tribunal não era suficiente para justificar o afastamento do pensamento passado*, ressaltando-se que, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos da América, inexistia dispositivo legal ou constitucional que determine a observância do *stare decisis* (ROMÃO, PINTO, 2015, p. 31).

É interessante a anotação feita por Pugliese, de que o

stare decisis não foi instituído na common law por lei, ou por qualquer ato de autoridade. Surgiu da necessidade de coerência e igualdade, como forma de se garantir um tratamento isonômico a todo jurisdicionado e de legitimar as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, que sofre de um déficit democrático (2016, p. 47).

Em outras palavras, com Nogueira (2011, p. 220), na Inglaterra e nos Estados Unidos da América o respeito aos precedentes é uma questão cultural, e não de imposição legal.

Não se pode deixar de registrar a conclusão de Fine (2011, p. 76) que *[a] doutrina do stare decisis está firmemente estabelecida nos Estados Unidos, mas é um fenômeno complexo, e é melhor pensá-la como arte, e não como uma ciência*. A fina ironia da afirmação é um convite ao exame mais vagaroso do *stare decisis*.

⁹⁸ Um exemplo são as diferentes leis estaduais que regulam, às vezes quase de modo a impossibilitar, o aborto à luz do julgamento do caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

⁹⁹ Matias (2019, p. 93).

5.2. O FUNCIONAMENTO DO STARE DECISIS

5.2.1. *Ratio decidendi e obiter dictum*

O núcleo da doctrine of stare decisis é o precedente (RAMIRES, 2010, p. 67), ainda que não exista um consenso doutrinário quanto ao conceito de precedente¹⁰⁰. Sem a pretensão de exaurir o debate doutrinário, adota-se, apenas para a finalidade de conduzir o estudo, o conceito ofertado por Mitidiero (2018, p. 91), para quem precedentes *são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir de decisões judiciais*, que pode ser bem complementado por Taruffo (2011, p. 142), ao defender que *o precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso*.

Não custa reforçar o alerta de Lucca (2017, p. 955) de que *apenas razões universais ou universalizáveis têm aptidão para fundamentar novas decisões; e as razões fáticas não são, em nenhuma hipótese, universais ou universalizáveis*.

Antes de aferir o que é a mencionada razão jurídica universalizável, deve-se atentar para o fato de que o precedente se encontra em uma decisão judicial que, inevitavelmente, deve ter sido publicada para que possa ser conhecida e, oportunamente, invocada em futuras argumentações judiciais.

Não é, portanto, sem motivo que Zanetti Jr. (2019, p. 332) elenca a *existência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões, de forma a garantir o conteúdo das decisões para consulta e vinculação no julgamento de casos futuros* como uma das duas condições que entende necessárias para um modelo de *stare decisis*.

Como explica Nogueira (2011, p. 131) antes da existência dos Reports, as decisões não chegavam ao conhecimento dos juízes, e ficava extremamente difícil seguir um precedente cuja divulgação tivesse sido inexistente.

¹⁰⁰ No campo dos estudiosos de língua inglesa, seleciona-se a passagem de Marshall (1997, p. 503-504) quanto à pluralidade possível para a definição de precedente: *The term 'precedent' itself has a number of applications. In the first place, it is sometimes applied without further thought or analysis to a body of allegedly relevant prior decisions (typically gathered together and cited by counsel on both sides in a common law case). Secondly, 'precedent' can be used as a description of the result or outcome of a particular decision that is thought to be of some significance. Thirdly, the term may be used to state a wider rule that the decision in a particular case is alleged to instantiate or illustrate. These three usages might be called the advocate's sense, the judge's sense and the scholar's or critic's sense. Discussion of the binding nature of precedent has focused primarily on the second and third of these usages*. Não se descarta que, mesmo se eleita um único prisma dentre os três elencados pelo autor, persiste a ausência de consenso quanto ao conceito de precedente.

Vale dizer, é por meio da publicação das decisões judiciais que todos os operadores do direito podem acessar a fundamentação jurídica adotada para a solução do caso concreto deduzida nos precedentes e, portanto, se tornam aptos a as utilizarem em novos casos.

Mas não basta que exista uma decisão judicial publicada para que ela se torne, por si só, um precedente, como bem explica Taruffo (2011, p. 142-143):

Naturalmente, a analogia das duas fattispecie concretas não é determinada in re ipsa, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – “cria” o precedente.

A questão foi posta, por Stone (1959, p. 600), sob o seguinte prisma:

Não deveríamos, em primeiro lugar, tentar escrupulosamente respeitar a distinção entre o uso do termo ratio decidendi que descreve o processo de argumentação pelo qual se çança a decisão (a ratio decidendi “descritiva”) e aquele que identifica a delimita a argumentação que uma corte posterior está vinculada a seguir (a ratio decidendi “vinculante” ou “prescritiva”)?¹⁰¹

O que se identifica, no ponto, é que *a questão essencial, portanto, não é “como o juiz anterior chegou à decisão?”, mas “o que no caso anterior que é vinculante para o juiz do caso posterior?”¹⁰²* (MCLEOD, 2013, p. 144). É nessa ordem de ideias que Souza (2013, p. 134) reconhecer ter Stone conferido apenas à perspectiva prescritiva da *ratio decidendi* o elemento vinculante – *binding*, concluindo, então, que incumbe ao julgador do próximo caso a identificação da *ratio decidendi* e o reconhecimento de sua força vinculante.

Portanto, não incumbe ao órgão do Estado-juiz que emite a decisão judicial afirmar a sua condição de precedente (*ratio decidendi* descritiva), mas sim ao julgador do caso análogo

¹⁰¹ Tradução livre do original: *Should we not, in the first place, try scrupulously to respect the distinction between that use of the term ratio decidendi which describes the process of reasoning by which decision was reached (the “descriptive” ratio decidendi), and that which identifies and delimits the reasoning which a later court is bound to follow (the “prescriptive” or “binding” ratio decidendi)?* A passagem completa, com o detalhamento das duas concepções de *ratio decidendi* é: *Descriptively the phrase imports merely an explanation of the court’s reasoning to its conclusion, based on sociological, historical and even psychological inquiry. The finding from such an inquiry is true or untrue as a matter of fact; it could not be refuted merely by showing that logically the same decision could have been reached by different reasoning, or by showing that as a matter of law the actual reasoning was fallacious, unpersuasive or even downright improper and impermissible. This descriptive ratio decidendi may, of course, itself be sought at various levels; it may for instance be limited to the level of verbal behaviour of the judge, or it may seek to embrace the level of his total behaviour. Prescriptively used, on the other hand, the phrase ratio decidendi refers to a normative judgment requiring us to choose a particular ratio decidendi as legally required to be drawn from the prior case, that is, as the binding ratio decidendi* (STONE, 1959, p. 600-601).

¹⁰² Tradução livre do original: *the essential question, therefore, is not ‘how did the earlier judge come to the decision?’ but ‘what is it in the earlier case which is binding on the later judge?’*

e futuro. Isso porque é a este segundo que incumbe a obrigação de analisar a fundamentação exposta no precedente e aferir a sua atual aplicabilidade (*ratio decidendi* prescritiva). Como reforçam Bonat e Peixoto (2020, p. 93), *nos termos da common law, o precedente só se forma quando o juiz sucessor aplica a decisão anterior.*

É interessante observar que no caso brasileiro, o legislador não seguiu esse elemento de formação do precedente judicial, optando por, de antemão, determinar quais as decisões que serão entendidas como precedentes, por meio do rol contido no artigo 927, incisos I a V, do Código de Processo Civil¹⁰³.

Trata-se de hipótese que Vaquero (2016, p. 141) identifica como um sistema jurídico que contém uma regra de *stare decisis por provisión normativa explicita*. É de relevo mencionar que o autor afirma, com amparo na regra de reconhecimento de Hart, que essa espécie de norma frui de validade originária, ou seja, de forma autônoma no sistema, existindo como *uma norma diretamente designada pelo conjunto de regras que os juízes utilizam para estabelecer quais são as normas que pertencem ao ordenamento jurídico (regra de reconhecimento)*¹⁰⁴.

Registre-se o alerta de Bonat e Peixoto (2020, p. 93-94) em relação à essa opção do legislador brasileiro, de que: *não é a comunidade jurídica [...] que opta, por conveniência e oportunidade, por criar um precedente, mas é a lei que determina sua formação. Há, já de partida, uma transformação na gênese desse sistema, o que poderá acarretar seu fracasso.*

Retornando ao modelo de formação de precedentes da *common law*, é amiúde na doutrina a identificação de dois tipos de fundamentação na decisão judicial, a saber: a *ratio decidendi* – ou *holding*¹⁰⁵, no Direito norte-americano – e o *obiter dictum*. Uma vez mais, não se identifica na doutrina um consenso sobre o significado desses conceitos.

Em relação ao primeiro deles, Marinoni (2019b, p. 159) que não há sinal de acordo, no *common law*, acerca de uma definição de *ratio decidendi* ou mesmo de um método capaz de permitir a sua identificação.

Como bem pontua Pugliese (2016, p. 79) os temas *são amplamente debatidos pela filosofia do direito da common law*, reforçando que *as opiniões ocupam extremos: enquanto*

¹⁰³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

¹⁰⁴ Tradução livre do original: *una norma diretamente designada por el conjunto de reglas que los jueces utilizan para establecer cuáles son las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico (regla de reconocimiento)*

¹⁰⁵ Macêdo (2019, p. 248).

alguns autores sustentam sua vital importância, outros afirmam que os conceitos são inúteis pela impossibilidade de identificá-los com precisão nas decisões. O argumento da dificuldade prática de identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* não nega a sua existência, apenas deixando de perseguir a sua individuação por entender desproporcional a tarefa.

Assim, inexistente a negativa da existência dos dois tipos de fundamentação da decisão judicial, adota-se o conceito de MacCormick (2008, p. 193):

A ratio decidendi é a regra ou princípio de decisão para o qual um dado precedente empresta autoridade, seja essa regra ou princípio de decisão tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes. Supõe-se, obviamente, que foi essa mesma regra ou princípio que, de alguma maneira, guiou ou fundamentou a decisão da qual a ratio decidendi foi extraída. Enquanto ratio decidendi, essa regra ou princípio pode ser contrastada com as obiter dicta da decisão judicial. Estas são outras opiniões sobre o direito, os valores e os princípios relacionados à decisão em questão, opiniões que vão além dos pontos necessários para a decisão do caso particular.

A razão universalizável na qual se funda o conceito de precedente ora adotado é, justamente, a *ratio decidendi*. Não se está a afirmar, no entanto, que a *ratio decidendi* é um raciocínio jurídico abstrato.

No ponto, cumpre anotar que a definição de *ratio decidendi* é referida dentro do contexto de decisões monocráticas ou de decisões colegiadas proferidas *per curiam*. No caso de decisões colegiadas proferidas pelo modelo *per seriatim*, é necessário o cotejo de todas as razões expostas individualmente para se aferir qual é o entendimento majoritário da Corte.

Em ordem a solucionar o caso concreto o julgador deve analisar os fatos e os argumentos jurídicos apresentados pelas partes, elegendo aqueles que entende necessários para a solução da demanda, construir uma moldura fática sobre a incidirá a norma jurídica que se entende aplicável, produzindo o resultado do julgamento.

A conjunção entre os fatos e o direito estampados na fundamentação da decisão está umbilicalmente atrelada à decisão. Sem aquela amálgama, não se produz a decisão. Sem se entender a moldura fática não se entende o silogismo jurídico que conduziu à decisão.

Por isso, a compreensão sobre a *ratio decidendi* deve abarcar, como expõe Rosito (2012, p. 107) três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*)¹⁰⁶.

A compreensão é aprofundada por Bernardo e Andrade (2016, p. 80) ao assinalarem que:

¹⁰⁶ No mesmo sentido, Tucci (2021, p. 110).

A ratio decidendi não se confunde com os elementos da decisão judicial (relatório, fundamentação e dispositivo), mas é formada a partir e pela conjugação desses elementos, podendo haver, inclusive, decisões judiciais com mais de uma ratio decidendi (o que fica explicitado, por exemplo, pelas Súmulas 283 do STF e 126 do STJ)

Quanto à interação entre o elemento fático e o raciocínio jurídico contida na *ratio decidendi*, Teixeira (2015, p. 94) fornece uma compreensão interessante. Pontua que a posição clássica da doutrina entende que o precedente é o resultado de silogismo que adota a *ratio decidendi* como premissa maior e os fatos como premissa menor. Porém, reconhece que o precedente, em si, é a premissa maior do silogismo de aplicação do direito no caso subsequente. Assim, em princípio, não seria necessário distinguir a *ratio decidendi* do precedente, pois ambos forneceriam, ao final e ao cabo, o mesmo elemento do silogismo. A solução, que se entende pertinente e interessante, reside em se entender a *ratio decidendi* como *justificação hermenêutica para embasar a decisão-premissa maior* (precedente).

Conclui o raciocínio afirmando:

Nessa toada, a ratio decidendi consubstancia-se no caminho hermenêutico necessariamente trilhado pelo aplicador, no percurso de atribuição de sentido aos textos normativos, para ir do enunciado normativo à norma jurídica (premissa maior). Em última análise, a ratio decidendi constitui as opções hermenêuticas feitas pelo aplicador – dentro daquelas que a tradição linguística lhe oferece – indispensáveis à construção do precedente (2015, p. 94).

Ressalta-se que a compreensão exposta bem se harmoniza com a percepção, já exposta nesse trabalho, de que é possível a utilização dos precedentes, ou mais precisamente da *ratio decidendi*, como instrumento de redução da textura aberta da linguagem por meio da atribuição de sentido aos textos normativos.

Cumprе lembrar, com Romão e Pinto (2015, p. 50) que os *precedentes são textos significantes e dotados de normatividade, a partir dos quais se extraem normas (ratio decidendi), tal como os textos dos dispositivos legais*. A atribuição de significado ao significantе é a tarefa do intérprete e, ao se desincumbir dela, é inevitável que contribua para a fixação de sentido normativo do texto do precedente e elimine, na medida possível, a indeterminação do direito que decorre da forma como é constituída a linguagem.

Exposta uma forma de compreensão sobre o que é a *ratio decidendi*, reforçando-se que não se almeja encerrar a discussão, é forçoso reconhecer a dificuldade em sua identificação nas decisões judiciais. Summers (1997, p. 383-384) aponta que há casos em que as Cortes definem o que entendem ser o *holding* da decisão, podendo formulá-lo de forma abrangente ou mais

estreita, e há outras hipóteses nas quais esse elemento da decisão é exposto de forma implícita, em maior ou menor grau.

Daí o surgimento de propostas teóricas para a identificação da *ratio decidendi* em decisões judiciais, apartando-a do *obiter dictum*, sendo mais conhecidos os testes de Wambaugh, Oliphant e Goodhart¹⁰⁷, colhendo-se ainda notícia, em Ramires (2010, p. 69) de que *Karl Llewellyn, em 1960, identificou nada menos que 64 “técnicas”* para essa finalidade.

Embora não se possa aferir qual das técnicas da filosofia do direito da *common law*, até esse momento criadas, é a mais apta a individualizar a *ratio decidendi*, sabe-se que o sistema de julgamentos por meio de precedentes – vale dizer, do seu conteúdo argumentativo – continua eficaz onde aplicado e a solução quanto ao *holding* aplicável se resolve no campo da argumentação jurídica, seja no momento de apresentar o caso, seja no momento de adjudicação judicial. Portanto, diante da impossibilidade de solução do problema, não se lhe enfrenta nesse momento, adotando apenas a premissa de que há uma *ratio decidendi* no precedente.

A premissa, contudo, não encerra a afirmação de que cada precedente encampa uma *ratio decidendi*.

Há casos nos quais a decisão não contém uma *ratio decidendi*, como por exemplo a decisão colegiada na qual não se encontra um fundamento jurídico comum à maioria dos integrantes do órgão julgador¹⁰⁸ (DUXBURY, 2008, p. 71). Nessa hipótese não se fala em precedente.

Em situação diametralmente oposta está a decisão judicial que contempla mais de uma *ratio decidendi*. Duxbury (2008, p. 73) observa que *múltiplas rationales são mais comumente discerníveis, contudo, em decisões compostas por mais de um voto – nas quais uma corte bem composta está igualmente dividida, por exemplo, ou onde a maioria dos juízes alcança a mesma conclusão, porém, por fundamentos distintos*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ A descrição acurada de cada um dos testes escapa ao objeto deste estudo, na medida em que independentemente do caminho alcançado, o elemento que se busca aqui fixar é o da existência da *ratio decidendi*, seus contornos gerais e a sua aptidão para servir como elemento vinculante do precedente. Sugere-se, para o aprofundamento do tema a leitura de: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 1ed, 2ª reimpressão, 2013, p. 126-133; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 6.ed. rev. amp. e atual., 2019, p. 158-162. A referência feita por Ramires (2010, p. 69) é: LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition*. Boston/Toronto: Little Brown, 1960, p. 77-89.

¹⁰⁸ Não se descarta a possibilidade de que os integrantes da Corte optem por evitar a formação de uma *ratio decidendi* naquela decisão, por exemplo, por entenderem que a questão ainda não está suficientemente estudada em todas as suas dimensões e, assim, carece de maior discussão. Nessa hipótese, profere-se decisão com pluralidade de opiniões – *plurality opinions* – para evitar a formação da *ratio decidendi*.

¹⁰⁹ Tradução livre do original: *multiple rationes are more usually discernible, nevertheless, in decisions composed of more than one judgment – where an evenly composed court is equally divided, for instance, or where a majority of judges reaches the same conclusion but for different reasons.*

O Professor da London School of Economics expõe que diante de *rationales* há o risco de que uma das *ratio* seja adotada por um único julgador, o que lhe retiraria a aptidão de representar a compreensão jurídica da maioria, além de reconhecer a possibilidade de a *ratio* escolhida como vinculante em julgamento futuro seja frágil e não se sustente sozinha diante do novo caso concreto¹¹⁰.

Tratando das hipóteses nas quais uma decisão agasalha múltiplas *rationales*, porém dentro do contexto brasileiro, Romão e Pinto lembram que entre nós a teoria dos capítulos da sentença, elaborada por Cândido Rangel Dinamarco, permite compreender que cada capítulo da decisão pode ter a sua *ratio decidendi* autônoma, trazendo como exemplos a solução de questões processuais, os pedidos independentes e os casos de ações conexas (2015, p. 54).

Nessas hipóteses, a existência de mais de uma *ratio decidendi* exigirá – sob a perspectiva da denominada *ratio decidendi* perspectiva – a atuação de uma Corte futura para ser corretamente definida.

Suficiente, como exposta, a compreensão sobre *ratio decidendi*, há considerações necessárias a serem feitas quanto ao *obiter dictum*.

O primeiro aspecto a ser ressaltado, como aponta Cramer (2016, p. 107) é de que o *dictum*¹¹¹ é um argumento dispensável para a formação da norma do precedente, podendo ser

¹¹⁰ Sugere-se a leitura integral da passagem de Duxbury (2008, p. 73-74): *Multiple rationes are more usually discernible, nevertheless, in decisions composed of more than one judgment – where an evenly composed court is equally divided, for instance, or where a majority of judges reaches the same conclusion but for different reasons. In London v. Attenborough, Greer L.J. argued that such instances should not pose a problem, for ‘we are not entitled to pick out the first reason as the ratio decidendi and neglect the second, or to pick out the second reason as the ratio decidendi and neglect the first: we must take both as forming the ground of the judgment’. But this makes light of the difficulty. Should a court reach a decision on three diferente and incompatible grounds, A, B and C, each of which alone would suffice to support the decision, then, if a later court accepts ground A but rejects grounds B and C, it would appear to be following not the ratio decidendi of the case but one of the rationes decidendi of the case. Furthermore, if ground A – or either of the other grounds – is selected as the ratio decidendi to be followed it might, within the decision for which it is considered to be the reason, be a rather fragile authority. If grounds A, B and C were offered by three different judges who composed the majority in a five-member court, for example, the fact that, say, ground A was selected as the ratio does not preclude the possibility of that ground having been accepted by none of the other four judges. Where a majority of judges agree as to the decision but disagree as to the correct grounds for the decision, extracting a ratio decidendi from the case may be an arbitrary exercise. Perhaps we should not be surprised occasionally to encounter the argument that rationes decidendi might be more unequivocal and easily definable within a system of case law when judges sitting on multi-member panels are in the habit of voicing doubts and disagreements only for good reasons, such as to affect an outcome. And perhaps we should not be surprised to find courts concluding now and again that what had been assumed to be the ratio of an earlier decision in fact was not.*

In the type of instance described in the last paragraph, it is unlikely to be clear what a precedent is authority for until a later court has decided which ratio within the precedent should be followed.

¹¹¹ Há sinonímia entre as expressões *obiter dictum* e *dictum*, anotando-se ainda que seus respectivos plurais são *obiter dicta* e *dicta* (SOUZA, 2013, p. 139). A tradução da expressão, exposta por Nogueira (2011, p. 170) é *dito para morrer*.

constituído de uma *ilustração, digressão, complementação ou reforço de argumentação das razões da decisão*¹¹².

Não é costumeira a apresentação de uma classificação das espécies de *dicta*, em *gratis dicta* e *judicial dicta*¹¹³, embora esta seja existente e mencionada por Souza (2013, p. 140), Marinoni (2019b, p. 168), Duxbury (2008, p. 68), e assim sintetizada por McLeod (2013, p. 153):

*Gratis dicta são meras expressões descartáveis (ditos que são ofertados, como se fossem de graça) e, portanto, de muito pequeno, se algum, valor ou força persuasiva. É possível, portanto, que a gratis dicta não terá sido o produto de muito pensar do juiz. Judicial dicta, em outra mão, serão precedidas não apenas por grande extensão de pensamento cuidadoso, mas também de argumentação extensa sobre o ponto em questão. Em realidade, portanto, judicial dicta pode ser tão fortemente persuasiva a ser praticamente indistinguível da ratio*¹¹⁴.

O grau de persuasão exercido pelo dictum depende, como anota Macêdo (2019, p. 275-276) do tribunal do qual emanou, da argumentação que lhe fundamenta, das características de sua formação, de seu acolhimento na doutrina e da influência e autoridade do julgador de quem emanou.

Rememore-se que cumpre ao julgador do caso presente interpretar o precedente e dele extrair a sua *ratio decidendi*. Não se pode, contudo, eliminar a hipótese de que haja interpretação, especialmente à luz de uma exposição menos enfática na decisão do que seria a *ratio decidendi* e, ao mesmo tempo, enorme ênfase no *judicial dictum*, que submeta aquela à condição deste. Em casos tais, constata-se o *error in iudicando* cuja correção é possível por meio do sistema recursal.

Macêdo (2019, p. 276) alerta para a possibilidade de o julgador subsequente, ao observar determinado precedente, torna o seu *obiter dictum* do caso passado a *ratio decidendi* de sua própria decisão, o que enseja a sua elevação ao status de norma.

¹¹² Romão e Pinto (2015, p. 53) elenca exemplos teóricos de *obiter dictum*: 1) *argumentos laterais ou de reforço aos fundamentos substanciais*; 2) *pontos que, apesar de debatidos, não são objeto da decisão*; 3) *estruturas argumentativas erguidas com base em situações hipotéticas*; 4) *julgamentos extra ou ultra petita*; 5) *votos vencidos*; 6) *opiniões jurídicas de passagem e com caráter doutrinário*; 7) *impressões pessoais que não influenciam no deslinde do feito*.

¹¹³ Teixeira (2016, p. 96) alerta que o critério de distinção entre ambas é *ténue* (*grau de prescindibilidade*), tornando difícil a visualização de uma e de outra subcategoria. No mesmo sentido, Macêdo (2019, p. 276) entende que a divisão é *desnecessária e confusa*.

¹¹⁴ Tradução livre a partir do original: *Gratis dicta are mere throwaways (sayings which are given away, as it were, free) and so of very little, if any, value or persuasive force. It is likely, therefore, that gratis dicta will not have been the product of much thought by the judge. Judicial dicta, on the other hand, will have been preceded not only by a great deal of careful thought, but also by extensive argument on the point in question. In reality, therefore, judicial dicta may be so strongly persuasive as to be practically indistinguishable from ratio. An example will make the matter clear.*

A partir das distinções expostas, ainda que no plano teórico, entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, é possível aferir o elemento central da *doctrine of stare decisis*: O efeito vinculante do precedente opera efeitos somente sobre a sua *ratio decidendi*.

Dentro dessa perspectiva, resgata-se a denominada força gravitacional do precedente, informada por Dworkin, para se perceber que seu ponto focal é a *ratio decidendi*. Romão e Pinto (2015, p. 48), avançam para identificar na *ratio decidendi* o elemento do precedente que serve como fio condutor do romance em cadeia.

Munido dessa compreensão, passa-se à análise do efeito vinculante que caracteriza a *doctrine of binding precedents*.

5.2.2. Efeito vinculante horizontal e vertical

Qual o alcance do efeito vinculante que se atribui a um precedente?

Rememore-se, inicialmente, que não é qualquer decisão judicial que pode encerrar um precedente. Este somente se faz presente quando presentes, dentre outras características, a *potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados* (MARINONI, 2019b, p. 153).

Nessa medida, observa-se que não é qualquer órgão do Poder Judiciário cujas decisões se revestem dessa potencialidade, vindo Mitidiero (2018, p. 91) a afirmar que *apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência*. A afirmação faz referência apenas à Justiça Comum, mas pode ser estendida para a Justiça Eleitoral, do Trabalho e Militar.

Averbe-se, por cautela, que Mitidiero defende a distinção entre Cortes Supremas e Cortes de Justiça, o que poderia enfraquecer a proposição acima transcrita. Contudo, a distinção também é encontrada, em iguais termos, na doutrina do *common law*, colhendo-se na lição de Cole (1998, p. 17), quanto ao sistema jurídico estadunidense, que *uma Corte de primeira instância não estabelece precedente. Precedente é estabelecido pela Corte de última instância no sistema judiciário respectivo, federal ou estadual*. Complementa-se a afirmação com o reconhecimento de que Suprema Corte dos Estados Unidos também tem aptidão para criar precedentes¹¹⁵.

¹¹⁵ Fine (2019, p. 15) explica que o art. III, da Constituição dos Estados Unidos da América, estabelece o poder judiciário federal e, na sua seção 1, determina a existência de uma Suprema Corte e de cortes inferiores. Essas últimas compõem o sistema de cortes federais. Mais adiante (p. 30) esclarece que o sistema judicial estadunidense é composto pelo sistema de cortes federais e pelo sistema independente em cada estado, criados e governados por leis estaduais sendo, portanto, conhecidas como cortes estaduais.

Nesse diapasão, não se desconhece a posição de Barboza (2014, p. 236-237) ao sustentar, mesmo antes da edição e início de vigência do Código de Processo Civil de 2015, a necessidade de observância de precedentes judiciais em razão de a Constituição Federal versar o princípio da segurança jurídica e da igualdade¹¹⁶.

Ainda no ponto, as decisões proferidas por cortes de vértice, ao interpretarem o ordenamento jurídico nacional, serviriam de precedentes judiciais, sem depender de norma específica para essa finalidade, ao fixarem a compreensão sobre determinada questão jurídica e deveriam ser aplicadas aos casos análogos e futuros como consequência dos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Reconhece-se a força do argumento, contudo, não se o aprofunda, eis que o recorte proposto para a pesquisa busca fundamento na forma de aplicabilidade das normas sobre precedentes judiciais inauguradas pelo Código de Processo Civil de 2015 e sua compatibilidade com a Justiça Eleitoral.

O princípio que norteia a atribuição de efeito vinculante a um precedente é o da isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), versado em língua inglesa como *treat like cases alike* – tratar de forma igual casos iguais.

De forma a garantir a replicabilidade do precedente e a observância do princípio da isonomia ou, em verdade, a efetividade de um modelo jurídico que adota a *doctrine of stare decisis*, retoma-se a proposta de Zanetti Jr. (2019, p. 332) do reconhecimento de dois elementos essenciais para tal desiderato.

O primeiro deles, um sistema de publicação das decisões, foi versado alhures. O segundo contempla a necessidade de um *sistema institucionalizado, ou seja, organização de juízes e tribunais em forma hierarquizada*. Sem que exista essa estrutura hierarquizada não é possível impor a qualquer julgador a observância de precedente proferido por outro órgão do Poder Judiciário, ao menos sob a dimensão vertical do *stare decisis*.

Rosito (2021, p. 101) define a dimensão vertical do *stare decisis*, como *a decisão proferida pelos órgãos judiciais superiores, a qual deve ser observada pelos órgãos inferiores hierarquicamente, em razão de sua autoridade*.

Em relação à existência de um sistema hierárquico dentro do Poder Judiciário, observe-se que, ao menos nos Estados Unidos da América, a Constituição Federal o estabelece em seu artigo III, seção 1: *O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema*

¹¹⁶ Sugere-se a leitura do capítulo 2.1 – Insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais no contexto brasileiro (BARBOZA, 2014, p. 231-246).

*Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso, inexistindo previsão similar na Constituição Federal de 1988 a assentar a prevalência hierárquica do Supremo Tribunal Federal*¹¹⁷.

A observância de um sistema hierárquico impõe que a Corte inferior confira autoridade e, na medida do efeito vinculante emanado da *doctrine of stare decisis*, vincule-se ao precedente emanado de uma Corte superior.

É pertinente apontar que a força motriz do efeito vinculante é a autoridade da Corte superior, vale dizer, não se investiga a qualidade dos elementos retóricos de *logos* contidos na decisão, prevalecendo o reconhecimento do *ethos* de quem proferiu o precedente.

Não se descure, com Taruffo (2011, p. 149) que *naturalmente, pode ocorrer que uma corte superior pronuncie uma decisão ruim e um juiz de primeiro grau pronuncie uma decisão excelente, mas isso é casual e, portanto, não prejudica o fundamento da concepção vertical do precedente.*

Cumprir enxertar, neste ponto, a inaptidão da eficácia vertical ora examinada para reduzir a independência funcional dos magistrados. Com precisão cirúrgica, Mendes assenta, em relação à menção do termo independência no Estatuto da Magistratura, que *não se pretendeu mencionar a independência diante da norma. Mas sim que a sua aplicação deveria ser feita com independência, ou seja, não se curvando aos demais poderes, sujeitos, fatores e interesse políticos, econômicos, religiosos e de outra natureza envolvidos.* Não fosse isso suficiente, explica o autor que *não se trata de trabalho mecânico. Há que se verificar a identidade ou não das circunstâncias determinantes, com a devida fundamentação, para que se possa analisar a subsunção ou a distinção do caso concreto com os precedentes* (2017, p. 125).

Com efeito, o reconhecimento dos precedentes judiciais vinculantes como fonte do direito acarreta o aumento do número de normas jurídicas de aplicação obrigatória e, na mesma medida, o ônus argumentativo do processo de tomada da decisão judicial. Não se há falar em menor independência funcional dos magistrados, mas, apenas e tão somente, no redimensionamento do universo jurídico no qual estão inseridos e que devem observar no desincumbir de sua missão constitucional.

Isso não significa que ao magistrado posterior está vedada a possibilidade de dissentir do precedente vinculante. Em verdade, tolher essa empreitada argumentativa culminaria na validação do alerta de Uchôa (2020, p. 94) no sentido de *a orientação segundo a qual a*

¹¹⁷ Conclui-se pela posição do Supremo Tribunal Federal no topo da hierarquia do Poder Judiciário brasileiro em razão de lhe competir, *precipualemente, aguarda da Constituição* (art. 102, caput, da Constituição Federal) e do seu rol de competências originárias e recursais (art. 102, incisos I, II e III, da Constituição Federal).

divergência não é possível confere ao precedente supremacia em relação à lei e à própria Constituição, além de prejudicar a própria jurisprudência.

Esclarece a autora, no ponto, que:

O dissenso viabiliza a chegada de novas questões jurídicas às cortes emissoras de precedentes, o que possibilita a renovação e a ampliação do seu quadro de premissas, densifica o seu significado e torna a ratio decidendi mais segura e precisa. Estimula, ainda, advogados, juízes e tribunais a desenvolverem a técnica argumentativa e possibilita o overruling difuso, mediante a interposição de recursos às instâncias superiores (UCHÔA, 2020, p. 98).

No mesmo sentido é a percepção de Larenz (2019, p. 615) para quem *nenhum juiz é obrigado a seguir irrefletidamente um precedente, seja o seu próprio, seja o de outro tribunal.*

A outra dimensão subjetiva do efeito vinculante advindo do *stare decisis* é a horizontal, entendida como *a força persuasiva que um precedente pode ter em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que pronunciou a primeira decisão* (TARUFFO, 2011, p. 149).

Dentro da dimensão horizontal afirma-se que as Cortes devem ser coerentes consigo próprias, vale dizer, é um estímulo à tomada de decisões estudadas e bem fundamentadas, evitando-se uma alternância de entendimentos sobre um mesmo tema.

Nessa medida, há tanto o prestígio ao princípio da isonomia, pois todas as partes receberão o mesmo tratamento jurídico, quanto à segurança jurídica ao permitir que os jurisdicionados tomem conhecimento do posicionamento judicial e possam organizar a realização de suas condutas em conformidade com a compreensão exposta da norma. Como pontua Marinoni (2019b, p. 91), *a mesma lógica que impõe o respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores, exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem as suas decisões.*

Com efeito, haveria irrefutável paralogia em se afirmar que a observância de um precedente vinculante por Cortes hierarquicamente inferiores opera em favor dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, porém, a Corte que emitiu o precedente pode decidir diferentemente outros casos análogos. Bastaria o exercício do direito de recorrer para se superar, em determinada instância recursal, o efeito vinculante do precedente.

Tal cenário serviria como estímulo à litigância e o desprestígio de decisões judiciais proferidas por órgãos hierarquicamente inferiores em harmonia com determinado precedente.

Deve-se ressaltar, ainda, que uma Corte Judicial que altera seus posicionamentos em curtos períodos assume a responsabilidade pela impressão que passa a todos os outros atores

judiciais. Em outras palavras, não se mostra razoável que uma Corte Judicial espere que suas decisões sejam respeitadas e observadas pela sociedade se a própria Corte as modifica amiúde, transmitindo a mensagem de que seus julgamentos não são proferidos com verticalidade e ponderação.

Para evitar esse tipo de dano ao sistema jurídico, como um todo, é que se toma como acertada a vinculação da Corte judicial que emite o precedente aos termos de seu próprio julgado, é inevitável o questionamento se é possível a Corte deixar de aplicar o seu precedente, seja pela superação (*overruling*) ou distinção (*distinguishing*).

No âmbito do direito inglês, até o ano de 1966 a House of Lords adotava a compreensão de que não poderia revogar suas decisões. Naquele ano, por meio de *Practice Statement*, os membros daquela Corte reafirmaram entender o precedente judicial como instrumento de redução da incerteza do direito e anunciaram que *seus juízes (e, por conseguinte, a corte como um todo) poderia afastar-se de suas anteriores decisões quando assim achassem por bem* (SOUZA, 2013, p. 63¹¹⁸).

É interessante constatar que a obra “O Conceito do Direito”, de H.L.A. Hart fora publicada cinco anos antes do Practice Statement de 1966, sendo coincidente entre ambos a percepção de que o precedente judicial é instrumento de redução da incerteza do direito e, mais ainda, a cuidados afirmação da *House of Lords* de que poderia deixar de reconhecer, *quando assim parecer a coisa certa a se fazer*, determinado precedente como fonte válida do direito aplicável ao caso concreto, ou seja, conferindo força ao conceito de norma de reconhecimento proposta por Hart e de sua aplicabilidade no sistema jurídico inglês.

A faculdade de revogar seus precedentes, contudo, é utilizada com parcimônia pela House of Lords, como informa McLeod (2013, p. 181) *como temos visto, mais de um quarto*

¹¹⁸ Souza (2013, p. 63) apresenta tradução do texto do Practice Statement [1966] 3 ALL ER 77:

Suas Excelências consideram o uso do precedente como um fundamento indispensável com base no qual se decide o que é o Direito e sua aplicação ao caso individual. Ele proporciona pelo algum grau de certeza sobre como os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras legais.

Suas Excelências, entretanto, reconhecem que a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça num caso particular e, também, indevidamente restringir o próprio desenvolvimento do Direito. Eles propõem, portanto, modificar a prática atual e, apesar de tratarem as decisões antigas desta Casa como normalmente obrigatórias, afastarem-se de uma decisão prévia quando assim parecer a coisa certa a se fazer.

Nesse sentido, eles levaram em conta o perigo de se perturbar retrospectivamente a base em que contratos, acordos de propriedade e arranjos fiscais foram entabulados, e, também, a necessidade especial de certeza em relação ao Direito Criminal (sublinhei).

*de século de experiência do funcionamento do Practice Statement indica que o poder de superar [um precedente] será exercido com abundante cautela*¹¹⁹.

Caso distinto é encontrado na experiência do *common law* que floresceu ao lado ocidental do oceano Atlântico. A Suprema Corte dos Estados Unidos nunca se entendeu impossibilitada de revogar suas próprias decisões, adotando uma posição mais flexível e pragmática, como exposto quando se tratou do modelo federalista lá adotado.

A demonstração disso é feita por Gerhardt (2008, p. 9), ao informar que entre 1789 e 2004, aproximadamente 215 anos, 133 casos causaram a revogação de 208 precedentes em matéria constitucional¹²⁰, reportando ainda que a distribuição dessas decisões não é uniforme no tempo, aumentando de maneira proporcional ao governo nacional, relatando que no período de 1900 a 2005 houve 7 (sete) vezes mais casos revogados do que no período anterior¹²¹.

Outro elemento de relevo apresentado por Gerhardt (2008, p. 11) é que a vida média de um precedente revogado é de 29,2 anos, excedendo o tempo médio que um Justice serve à Suprema Corte Americana e, também, os mandatos de todos os Chief Justices, exceto John Marshall. Mais ainda, apenas 4 casos foram revogados com a mesma composição e em 159 casos de revogação havia pelo menos 1 membro diferente na bancada.

Anote-se, no ponto, a revogação de um dos precedentes mais difundidos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, conhecido como *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)), decidido por maioria de votos de 7 x 2, em 22/01/1973. Sua revogação ocorreu após 49 (quarenta e nove) anos, em 24/06/2022, no julgamento do caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, (nº 19-1392, 597 U.S. (2022)), também por maioria, porém, de 5 x 4 nesse julgamento, superando o prazo médio mencionado por Gerhardt.

¹¹⁹ Tradução livre do original: as we have seen, more than a quarter of a century's experience of the Practice Statement in operation indicates that the power to depart will be exercised with an abundance of caution.

¹²⁰ O autor expõe as matérias que mais foram sujeitas à revogação de precedentes (2008, p. 10): *Moreover, the express overrulings are not evenly spread out in terms of subject matter—some subjects are covered more than others. (Table A-2 shows these data.) The explicit overrulings break down as follows: Fourteenth Amendment due process (19), commerce clause (18), Fifth Amendment (15), Fourth Amendment search and seizure (11), Sixth Amendment (11), equal protection (8), Eleventh Amendment (7), Article I (6), Article III (5), First Amendment freedom of speech and press (6), supremacy clause (4), and Tenth Amendment (4). In the remaining areas, the Court explicitly overruled itself three or fewer times. These statistics arguably raise an inference that the justices respect precedent more—or at least appear reluctant to expressly overrule themselves less—in some areas than others.*

¹²¹ A Corte Burger, assim nominada porque presidida pelo Chief Justice Warren Burger, revogou 76 precedentes em 35 casos, no período de 1969 a 1986 (GERHARDT, 2008, p. 12). O autor traz 4 tabelas com as estatísticas utilizadas para a obtenção dos números expostos, com especial relevo para as tabelas A.2 – *Overrulings by Subject Matter*, A.3 – *Number of Overrulings by Change in Court Composition*, e A.4 – *Number of Overrulings by Court* (2008, p. 206-248).

Embora não exista um estudo que trace uma métrica similar de revogação de precedentes em razão das mudanças de composição do Tribunal Superior Eleitoral, não se pode deixar de anotar que os mandatos dos Ministros do TSE são de 2 anos, admitindo-se uma única recondução para o mesmo cargo (distingue-se o cargo de Ministro e de Ministro Substituto) de forma que o período máximo de mandato de um Ministro seria de 8 (oito) anos.

Ainda que guardadas as diferenças entre os mandatos vitalícios da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e os mandatos por tempo certo, e curto, dos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, o que se busca ressaltar é que as mudanças na composição da bancada podem servir como gatilho para as mudanças de posições jurisprudenciais consolidadas, e que tais gatilhos são mais comuns na mencionada Justiça Especializada.

O último aspecto da vinculação horizontal dos precedentes judiciais que se entende necessário apontar é que o placar da votação que firma o precedente pode afetar a capacidade de a decisão se manter no decurso do tempo.

Por exemplo, uma decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal que conclua por unanimidade de votos um determinado julgamento, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.081¹²² – na qual o STF concluiu que a perda do mandato por infidelidade partidária não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário – exigiria uma mudança muito maior de sua composição para abalar a força horizontal daquele precedente.

Diferente é a situação resultante do julgamento do quarto agravo regimental no Inquérito nº 4.435¹²³, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu, por 6x5, que a Justiça Eleitoral é

¹²² DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 22.610/2007 DO TSE. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA AO SISTEMA ELEITORAL MAJORITÁRIO. 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput). 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade.

(ADI 5081, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015 RTJ VOL-00237-01 PP-00066)

¹²³ COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ELEITORAL – CRIMES CONEXOS. Compete à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos – inteligência dos artigos 109, inciso IV, e 121 da Constituição Federal, 35, inciso II, do Código Eleitoral e 78, inciso IV, do Código de Processo Penal.

competente para julgar crimes comuns conexos a eleitorais. Aqui, em tese, a mudança da composição da bancada de votação suficiente para permitir a mudança da conclusão da Corte é muito menos elastecida, bastando uma mudança nos membros da bancada que compuseram a maioria para comprometer, repita-se, em tese, a força horizontal do precedente.

Nessa segunda situação aplicar-se-ia, quiçá, a compreensão de Schauer (2019, p. 7), quanto à possibilidade de o novo integrante da Corte manter a prévia decisão, ainda que dela discorde. Afirmo o Professor estadunidense haver

Há uma expectativa encarnada na ideia de stare decisis de que os juízes de uma Corte irão, presumida, senão conclusivamente, seguir as prévias decisões daquela Corte – por hipótese e por definição sem Corte superior naquela hierarquia judicial – mesmo se e quando eles pensarem que a decisão prévia está equivocada.¹²⁴.

Em reforço, Schauer (2019, p. 10) cita ainda colocação da Justice Kagan de que *respeitar o stare decisis significa aderir a algumas decisões erradas¹²⁵*. E oferece ainda o contraponto (2019, p. 8-9), consubstanciado na posição do Justice Scalia que *a obrigação e o juramento de um Ministro da Suprema Corte são para com a Constituição e não para com os prévios Ministros da Suprema Corte e assim, implicitamente, a norma do stare decisis tem status infraconstitucional que é, portanto, inferior¹²⁶*.

O que se colhe dessas manifestações, e que serve de ponto de entrada para o próximo tópico, é a existência de razões que compelem os magistrados a observarem o *stare decisis*. Atendo-se apenas aos dois Justices mencionados, constata-se que ambos reconhecem a existência e a validade do *stare decisis*, contudo lhes atribuem forças distintas. A primeira assenta que eventualmente será observada uma decisão equivocada, vindo o segundo a traduzir a ideia de que uma decisão que seja incompatível com a Constituição não atrai, por meio do *stare decisis*, a obrigação de sua observância.

Cumpra-se, então, por que os juízes observam o *stare decisis*.

(Inq 4435 AgR-quarto, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 20-08-2019 PUBLIC 21-08-2019)

¹²⁴ Tradução livre a partir do original: *the expectation embodied in the idea of stare decisis is that judges of a court will, presumptively even if not conclusively, follow the previous decisions of that court – by hypothesis and by definition no higher in the judicial hierarchy – even if and when they think the previous decisions are mistaken.*

¹²⁵ Tradução livre do original: *respecting stare decisis means sticking to some wrong decisions.*

¹²⁶ Tradução livre do original: *that a justice's oath and obligation is to the Constitution itself and not to the previous justices of the Supreme Court, and thus, implicitly, that the norm of stare decisis has a non-constitutional and thus inferior status.*

5.3. RAZÕES PARA SE SEGUIR PRECEDENTES

Não há um elenco definitivo de razões pelas quais um precedente deve ser seguido. Há, por certo, fundamentos que encontram guarida em maior parcela da doutrina, como a segurança jurídica, por exemplo, assim como outros que são menos mencionados, como o acesso à justiça.

Elaborar um rol exaustivo de todos esses fundamentos, classificados por ordem de importância teórica e prática, envergadura da repercussão doutrinária e, por fim, a recepção geral desse fundamento pelos operadores do Direito no seu cotidiano, seria uma tarefa hercúlea e, na medida em que extrapolaria demasiadamente o objetivo deste estudo, ingrata.

De modo a pinçar os elementos que se entende centrais para determinar a observância de precedentes, e já com os olhos atentos à realidade da Justiça Eleitoral, faz-se necessário adotar um norte teórico como ponto de partida. Para esse mister, elegeu-se o conjunto de fundamentos expostos por Neil Duxbury, em sua obra *The Nature and Authority of Precedent*, mais detidamente no capítulo *Why Follow Precedents*, nos quais elenca justificações consequencialistas e justificações deontológicas (2008, p. 150-183), as quais se examina separadamente.

5.3.1. Justificações consequencialistas

O primeiro agrupamento feito por Duxbury reúne o que ele denominou de justificações consequencialistas para a observância dos precedentes, embora o próprio autor afirme, de saída, que *justificações consequencialistas nunca podem prover uma justificação completa para seguir precedentes*¹²⁷ (2008, p. 153).

Nesse rol de razões, indica: i) o receio de crítica à decisão que não segue precedentes, indicando a possibilidade de que o receio se funde com as consequências da superação do precedente ou, ainda, preguiça ou timidez; ii) a possibilidade de promoção em caso de comportamento de consistente observância de precedentes¹²⁸; iii) os custos reputacionais de um comportamento consistente de negar a aplicação de precedentes; iv) as possibilidade de reciprocidade entre juízes que observam os precedentes uns dos outros, galgando-se prestígio;

¹²⁷ Tradução livre do original: *consequentialist reasoning can never provide a complete justification of precedent-following*.

¹²⁸ No caso brasileiro, a Resolução nº 106/2010-CNJ prevê que entre os critérios aferidos para a promoção de magistrados do 1º para o 2º grau, serão observados: Art. 5º [...] alínea e: *o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores*, e também o art. 10º, parágrafo único: *A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006)*.

v) no âmbito colegiado, se o magistrado que firmou o precedente ainda ocupa a bancada, evitando-se atritos; vi) seguir precedentes tem como consequência um incremento da certeza e previsibilidade da aplicação da lei.

Em relação aos quatro primeiros fundamentos, entende-se que seria necessária uma investigação do contexto da descoberta operado por cada magistrado na decisão de seguir ou não precedentes, o que impossibilita, desde logo, que haja um estudo parametrizado e seguro para aferir a força e a incidência desses fundamentos. Revela-se suficiente, portanto, o seu registro.

O argumento em relação à presença na bancada do magistrado que firma o precedente em debate guarda relação interessante com a informação trazida por Gerhardt, e acima exposta, quanto ao lapso que perdura um precedente e o seu motivo, que é justamente a composição do Tribunal.

Esse elemento ganha contornos mais acurados quando visto sob o prisma das composições dos tribunais eleitorais no Brasil, nos quais a investidura na jurisdição eleitoral tem tempo certo e as mudanças dos quóruns ocorre de maneira fracionada no tempo, porém constante. Retornar-se-á, ao tema específico, no próximo capítulo.

É digno de nota, ainda, que embora seja impossível metrificar de antemão o comportamento e a psicologia de todos os membros de um colegiado e se haveria esse respeito pelo colega que firmou o precedente, há uma conexão entre a compreensão de Duxbury e de Gerhardt sobre o prisma do efeito vinculante horizontal do precedente e as mudanças da composição de um Tribunal. Essa investigação empírica, que atija a curiosidade, extrapola os limites propostos para esse estudo.

Por fim, em relação ao incremento de previsibilidade e de certeza da aplicação da lei, o próprio Duxbury (2008, p. 159-161) indica que há uma sobreposição de fundamentos entre as razões consequencialistas e a própria segurança jurídica, conferindo maior relevo às áreas do direito nas quais se valoriza a consistência e a previsibilidade das leis.

Costumeiramente essa classificação abarca o Direito Tributário, prestigiando-se o princípio da anterioridade tributária, com assento constitucional e, também, o Direito dos Contratos, no qual as partes pautam seus comportamentos em razão das normas jurídicas objeto do negócio jurídico e da forma como tais normas são interpretadas amiúde pelas Cortes de Justiça.

Defende-se que o Direito Eleitoral também é um dos ramos do direito no qual há uma valorização extremada da consistência e da previsibilidade das leis.

No ponto, o Direito Eleitoral também tem como um de seus marcos constitucionais o princípio da anualidade, contido no artigo 16, da Constituição Federal – *A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência* – erigindo-o a uma condição análoga à do Direito Tributário¹²⁹.

O ponto é reforçado por Bernardo e Andrade (2016, p. 84) no sentido de que *os entendimentos jurisprudenciais consolidados, sempre que alterados, deveriam ter seus efeitos modulados para que produzissem efeito para casos futuros de eleições vindouras, franqueando com isso um maior respeito à isonomia e à previsibilidade.*

Além disso, todos os candidatos, partidos e federações operam sob o mesmo regime jurídico, com especial atenção aos registros de candidatura, atos de propaganda eleitoral e eventuais atos de abuso de poder. Ora, em princípio, essa afirmação nada mais diz do que a existência e incidência do império da lei. Contudo, quando se adiciona à balança a criatividade e engenhosidade dos envolvidos no processo eleitoral para empreender burlas às normas eleitorais almejando sucesso no certame e o acesso a cargos eletivos, é essencial que as decisões judiciais sejam coerentes e permitam a previsibilidade de quais os limites das campanhas eleitorais.

Trazendo a questão para um contorno prático, não seria coerente que em municípios contíguos os juízos eleitorais decidissem de forma distinta quanto à regularidade da entrega de santinhos em bens de uso comum do povo, ou dispensassem os candidatos de um dos municípios de cumprirem com todas as exigências dos registros de candidatura, sempre ao argumento de condições peculiares e excepcionais. O exemplo pode ser maximizado para disputas de cargos em níveis estaduais e federal.

Ou seja, a aplicação previsível da legislação eleitoral confere segurança jurídica ao certame eleitoral, seja pelo conhecimento que traz aos competidores de que todos estão adstritos ao mesmo conjunto de normas jurídicas, seja aos eleitores que passam a conhecer, a seu tempo e modo, os limites da atuação dos candidatos e os podem mensurar como mercedores de seus votos tanto pelas propostas apresentadas quanto pela estrita aderência às regras do jogo

¹²⁹ Em complemento à força normativa da Constituição Federal de 1988, dentro das balizas inauguradas pelo neoconstitucionalismo, não se descarta a existência de outros instrumentos jurídicos para a garantia da segurança jurídica como, por exemplo, as normas contidas no art. 27, da Lei nº 9.868/99, e nos arts. 525, § 13º, 535, § 6º, e 927, § 3º, estes do CPC. Não se olvida ainda a possibilidade de adoção de regras de transição, valendo-se da aplicação por simetria da possibilidade contida no art. 30, *caput*, da Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Sugere-se a leitura de CABRAL, Antonio do Passo. **Segurança Jurídica e Regras de Transição nos Processos Judicial e Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2ed, 2021.

eleitoral. Afinal de contas, se o candidato não conforma sua conduta aos limites normativos do certame, pode-se questionar se atuará de acordo com a legislação enquanto ocupante de um cargo eletivo.

Assim, há contornos distintivos no Direito Eleitoral que permitem ser a ele aposta a pecha de um ramo do Direito com ênfase elevada na consistência e na previsibilidade da jurisdição.

As justificações consequencialistas, como visto, em razão de sua própria natureza, não se revelam como razões concretamente demonstráveis e aptas a discernir o motivo pelo qual um magistrado opta por seguir, ou não, um precedente.

Mesmo que as peculiaridades da Justiça Eleitoral desafiem uma retomada da questão do respeito dos pares pelo integrante da bancada que firma o precedente, e sua conexão com o tempo em que um precedente pode produzir efeito vinculante horizontal, ainda assim há um campo de pesquisa imperscrutável consistente no contexto da descoberta que impulsiona a tomada de decisão do magistrado que rompe com o precedente.

Já quanto à segurança jurídica, a questão será aprofundada no campo das justificações dentológicas.

5.3.2. Justificações dentológicas

Enquanto Duxbury indica uma série de possíveis justificações consequencialistas, é interessante sua afirmação de que:

Compor uma lista de justificações deontológicas para seguir precedents somente pode resultar, pensar-se-ia, em uma lista de um item: um argumento deontológico supõe que seguir precedents é inerentemente valioso e não valioso em razão do fim a que se presta, portanto, há apenas uma justificação deontológica que requer nossa atenção – a proposição que precedentes devem ser seguidos porque seguir precedentes é intrinsecamente bom¹³⁰. (2008, p. 167-168).

Ainda assim, assenta a possibilidade de duas acepções quanto a essa justificação deontológica: a primeira é de que se respeita um precedente porque ele é anterior ao caso em debate, ou seja, há uma reverência pelo passado, e a segunda é de que casos essencialmente

¹³⁰ Tradução livre do original: *Composing a list of deontological justifications for precedent-following can only result, it might be thought, in a list of one: a deontological argument supposes that precedent-following is inherently valuable rather than valuable because of the ends that it serves, and so there is really only one deontological justification requiring our attention – the claim that precedents ought to be followed because precedent-following is somehow intrinsically good.*

similares devem ser tratados da mesma maneira, assim como casos essencialmente diferentes devem ser tratados diferentemente.

Em relação à reverência às decisões pretéritas justamente porque passadas, Duxbury argumenta que é possível reconhecer o acerto de um precedente e, em assim o fazendo, concluir pela sua aplicação ao caso presente (2008, p. 167-169), revelando uma compreensão próxima à de Hershovitz quanto à extensão da integridade do direito, como exposto na nota de rodapé nº 71, acima.

Conquanto seja necessário reconhecer que o autor inglês trata o respeito pelas decisões passadas pelo fato de que são pretéritas e que sua contraparte estadunidense propõe um fundamento moral como norte de aferição da integridade do direito, em ambas as compreensões há a aceitação de que o magistrado do presente deve reconhecer as decisões pretéritas e as analisar para concluir sobre o acerto ou desacerto de sua aplicação presente. Em outras palavras, ambos rejeitam que a aplicação automática do precedente anulando a atuação crítica do juiz atual.

Dialogar com as decisões passadas para resolver o caso presente não significa que o magistrado será *bouche de précédent*, mas sim que exercerá seu juízo crítico valorando as circunstâncias do caso presente e o direito aplicável, este extraído do ordenamento jurídico ou dos precedentes.

Como arremata Duxbury (2008, p. 170) *o argumento de respeito pelo passado por si só não pode suportar a conclusão de que precedentes devem ser seguidos porque são precedentes*¹³¹.

A segunda possibilidade apresentada é a que desafia maior verticalização, ainda que, à primeira vista, possa ser versada em uma expressão bastante conhecida, tanto em inglês – *treat like cases alike* – e em português, colhida na Oração aos Moços feita por Rui Barbosa: *A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam*.

A proposição de igualdade formal não é de simples compreensão, como expõe o próprio Duxbury (2008, p. 170, nota de rodapé nº 55¹³²):

¹³¹ Tradução livre do original: *the argument that we respect the past for its own sake cannot support the conclusion that precedents ought to be followed because they are precedents*.

¹³² Transcreve-se a íntegra da nota de rodapé, diante de sua assertividade:

Although the focus here is on like cases and their like treatment, we should pause to consider the last part of this sentence, which is often assumed to be a logical correlate of the immediately preceding part: see, e.g., Neil MacCormick, 'Why Cases Have Rationes and What These Are', in Precedent in Law, ed. L. Goldstein (Oxford: Clarendon Press, 1987), 155–82 at 160 ('It is a matter of formal justice, in the sense in which it calls for like

Frequentemente, enfrentaremos casos de uma especificidade que são diferentes em maneiras relevantes que requerem sejam tratados diferentemente. Mas é possível também:

(1) dois casos de um certo tipo, apesar de diferentes, são ainda assim parecidos em suficientes maneiras relevantes que requerem sejam tratados similarmente; e

(2) dois casos de um certo tipo, apesar de diferentes, são ainda assim parecidos em suficientes maneiras relevantes para permitir, mas não exigir que sejam tratados similarmente.

A ideia de tratar diferentemente casos distintos é sempre uma exigência enraizada na crença equivocada de que sempre que a distinção for permitida ela é mandatória¹³³.

Faz-se necessária a identificação de quais seriam as condições de diferenciação suficientes para desencadear o reconhecimento da distinção suficiente que autoriza o rompimento da regra de igualdade formal.

No ponto, retoma-se o conceito de textura aberta do direito, na medida em que suas proposições normativas guardam um atávico espaço de indefinição conceitual que poderia abarcar um conjunto de situações que não são, necessariamente, idênticas.

Isso não significa que a simples existência de distinções torna obrigatória – *mandatory* – a decisão judicial distinta.

Cumprido resgatar, igualmente, o conceito de jogos de linguagem explorado no primeiro capítulo, especialmente na sua utilização para a demonstração de familiaridades e similaridades entre pessoas, ou circunstâncias, comparáveis.

À luz desse conceito, percebe-se que a pretensão de obter um julgamento que mantenha, ou afaste, a igualdade formal exige, em verdade, um diferente tipo de ônus argumentativo.

Isso porque incumbe à parte que invoca o reconhecimento de uma situação distinta das anteriores e, portanto, pleiteia uma decisão judicial que não replique a norma jurídica

decisions in like cases – and unlike ones in unlike cases’). Often, we will indeed be faced with cases of a certain type which are different in enough relevant ways to require their being treated differently. But it is possible also:

(1) that two cases of a certain type, although different, are none the less alike in enough relevant ways to require their being treated similarly; and

(2) that two cases of a certain type, although different, are none the less alike in enough relevant ways to permit but not require their being treated similarly.

*The idea that treating different cases differently is always a requirement stems from the confused belief that whenever discrimination is permissible it is mandatory. A rule stating that women are allowed to join a club implies that men are entitled to join it as of right. It does not follow that men must be treated differently from women and so not allowed to join. The club’s rule may differentiate between men and women, but the club might still, for example, want to secure a good mixture of male and female members. Because of the rule, male applicants and female applicants to the club cannot demand to be treated as if they are alike. But the rule leaves it open to the club to treat them thus if it so wishes. See Tony Honoré, *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical* (Oxford: Clarendon Press, 1987), 201. (DUXBURY, 2008, p. 170, nota de rodapé nº 55).*

¹³³ Tradução livre do original: *Often, we will indeed be faced with cases of a certain type which are different in enough relevant ways to require their being treated differently. But it is possible also: (1) that two cases of a certain type, although different, are none the less alike in enough relevant ways to require their being treated similarly; and (2) that two cases of a certain type, although different, are none the less alike in enough relevant ways to permit but not require their being treated similarly. The idea that treating different cases differently is always a requirement stems from the confused belief that whenever discrimination is permissible it is mandatory.*

encontrada em precedentes, o dever de demonstrar a existência de um conjunto mais expressivo de diferenciações com o paradigma do que existe no conjunto de similaridades que atraiu, em primeiro lugar, a argumentação quanto à existência do precedente.

Mais do que isso, essas distinções devem guardar relação de pertinência com a situação jurídica controvertida, revelando-se necessárias para a construção da solução jurídica.

Pensemos, por exemplo, em dois cidadãos que desejam concorrer ao cargo de Prefeito, em municípios contínuos. Por um acaso do destino, ambos são de mesma idade, similar grau de instrução, possuem filiação partidária, foram escolhidos nas respectivas convenções partidárias, lançaram candidaturas e, por fim, ambos receberam idênticas impugnações, consistentes na falta de desincompatibilização em razão de serem titulares de contratos de coleta de lixo em seus municípios (artigo 1º, inciso IV, alínea a c/c inciso II, alínea h, da Lei Complementar nº 64/90).

Há um conjunto forte de similaridades que autorizaria, em princípio, a mesma solução jurídica.

Contudo, o candidato A, argui a existência de uma distinção essencial, porque o seu contrato, embora bastante semelhante ao do candidato B, é informado por cláusulas uniformes, fazendo incidir a exceção contida na parte final do artigo 1º, inciso II, alínea h, da Lei Complementar nº 64/90.

Essa diferenciação atinge o núcleo do vínculo jurídico existente entre o candidato e a Administração Pública e regula, de modo distinto, os seus deveres e obrigações, revelando-se suficiente para exigir o tratamento judicial diferenciado.

Em contraponto, imagine-se o mesmo exemplo, porém, o fundamento da impugnação é a falta de desincompatibilização de cargo de secretário de administração municipal ou membro de órgão congênere (artigo 1º, inciso III, alínea b, item 4, da Lei Complementar nº 64/90).

O candidato A arguiu, então, a distinção de que em seu Município não existe um Secretário de Saúde, mas sim um encarregado geral da saúde municipal. Apesar da distinção formal de nomenclatura, a análise material da postulada diferenciação demonstra que o nome não afeta as funções e responsabilidades do cargo, de modo que essa distinção, aparente, não supera as similares materiais e, portanto, é insuficiente para romper a igualdade formal.

Com acerto a proposição de Rui Barbosa, sob o prisma de se exigir a demonstração da desigualdade material que autoriza a quebra da isonomia.

Nesse norte é que um direito informado por precedentes poderia se valer de várias distinções feitas em casos análogos e pretéritos para aferir, no caso presente, se as diferenças

informadas pelas partes em juízo são suficientes para superarem os pontos de identificação existentes na situação concreta e, assim, fazerem pender a decisão para a inaplicabilidade da regra de igualdade formal.

Um outro aspecto a ser ressaltado, dentro do âmbito de discussão da igualdade formal, que é a eventual incomensurabilidade das decisões judiciais.

A incomensurabilidade traduz a ideia de que não é possível a mensuração dos valores jurídicos contrapostos no processo de tomada da decisão judicial. Há situações concretas que exigem da Corte judicial que analise qual dos valores jurídicos contrapostos melhor se amolda e soluciona a controvérsia.

A nota de especialidade consiste na impossibilidade de se fixar que um dos valores é, racional e fundamentadamente, superior ao outro, de maneira a extinguir grandes margens de questionamento posterior.

Assim, qualquer que seja a decisão proferida pela Corte, protegendo um ou outro valor jurídico, não haverá um conjunto de fundamentos suficientes para impedir, logicamente, que outra Corte judicial, ao analisar situação análoga, entenda pela prevalência do valor jurídico anteriormente preterido pelo Poder Judiciário.

Na mesma medida em que essa é uma decisão incomensurável, reconhece-se a possibilidade de que não seja adotada como precedente para um julgamento posterior por igualdade formal, como bem expõe a crítica feita por Duxbury (2008, p. 173-174):

O problema, porém, é que sacrificar a predicabilidade [...] porque as opções são incomensuráveis e porque uma corte troca entre elas é ser responsável diante das necessidades da diversidade e do pluralismo – significa tanto que cortes futuras devem escolher entre precedentes conflitantes quanto que julgadores individuais são vulneráveis a apelos¹³⁴.

Ou seja, as decisões imunes à mensuração do seu mérito não se revelam, necessariamente, aptas a servirem como precedentes, haja vista a possibilidade de que no próximo julgamento se opte por prestigiar um valor jurídico diferente daquele contido na decisão anterior. A incomensurabilidade das decisões coloca em risco a previsibilidade da jurisdição.

¹³⁴ Tradução livre do original: *The problem, however, is that sacrificing predictability [...] because the options are incommensurable and because a court which switches between them is being responsible to the needs of diversity and pluralismo – means both that future courts have to choose between conflicting precedents and that individual decisioners are vulnerable to appeal.*

É interessante a conexão que Marinoni (2018, p. 96), opera entre a previsibilidade e a segurança jurídica: *Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato*, arrematando mais à frente *ser lugar comum na literatura inglesa e estadunidense, a afirmação de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. O stare decisis é visto como instituto disciplinado para garantir a segurança jurídica* (2018, p. 98).

Em razão de a segurança jurídica abarcar um maior universo de elementos do que a previsibilidade da jurisdição, procede-se ao seu estudo apartado.

5.3.3. A segurança jurídica

A segurança jurídica é um fenômeno jurídico complexo e multifacetado, cuja compreensão se beneficia, como indica Peixoto (2019, p. 47) do tridimensionalismo desenvolvido por Miguel Reale, sendo possível distinguir 3 (três) aspectos para a conformação da segurança jurídica, ou seja, como fato, valor e norma.

A definição verticalizada dessas facetas é encontrada na obra de Humberto Ávila, Teoria da Segurança Jurídica, assentando o professor da USP que a segurança jurídica, entendida como fato pode referir-se a um estado de fato, isto é, a uma determinada realidade concreta passível de constatação. Nessa medida, revela um juízo de fato a respeito daquilo que se julga existir no plano da realidade (2019, p. 126).

Se observada a segurança jurídica peça sua faceta de valor, expressará um juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores, encerrando, assim, um estado que seja qualificável como digno de ser buscado, por razões sociais, culturais ou econômicas, porém não especificamente por uma imposição normativa (ÁVILA, 2019, p. 126).

A terceira faceta da segurança jurídica é sua apreensão na condição de norma, sintetizada por Ávila (2019, p. 127) como uma norma-princípio, contendo uma prescrição normativa por meio da qual se estabeleça, direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório, revelando a prescrição para alguém adotar comportamentos que aumentem o grau de previsibilidade (2019, p. 127-128).

É interessante notar que não parece haver dúvidas na doutrina e jurisprudência nacional quanto ao desejo de se promover a segurança jurídica, sendo possível encontrar essa provisão

igualmente no artigo 926, do Código de Processo Civil, ao encetar a criação de um modelo de precedentes no ordenamento jurídico nacional.

Assim, constata-se que há um aceite incontestado por todos os participantes da sociedade jurídica de que a segurança jurídica é um valor almejado e perseguido por todos e, ao mesmo tempo, com a inserção de normas prescritivas, de matriz principiológica, no Código de Processo Civil cujo objetivo é criar um incremento da segurança jurídica, é forçoso concluir que, ao menos neste contexto das razões para se observar precedentes judiciais, é acertada a posição de Rosito (2012, p. 143), para quem a *segurança jurídica pode ser considerada tanto um valor como um princípio*.

Questiona-se, então, como se manifesta a segurança jurídica dentro de um contexto de discussão de precedentes judiciais. A resposta ofertada por Marinoni (2019b, p. 92) afirma que a *segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”*, acrescentando-se, a este, a imperiosa qualificação de democrático.

Decomposta a resposta, pinçam-se três aspectos, a saber: i) estabilidade da ordem jurídica; ii) continuidade da ordem jurídica; e iii) previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta.

Peixoto (2019, p. 51-59) e Ávila (2019, p. 140-144) classificam esses aspectos em estáticos e dinâmicos, que melhor informam sua relação com os precedentes judiciais.

O aspecto estático da segurança jurídica representa a estabilidade do ordenamento jurídico, permitindo sua cognoscibilidade, ou compreensibilidade, pelos sujeitos de direito, ou seja, visa à *permitir aos sujeitos de direito a capacidade de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo* (PEIXOTO, 2019, p. 51).

Trata-se não apenas de um acesso formal às fontes do Direito, por meio de sua publicidade, mas também da possibilidade de o sujeito conhecer, compreender e se determinar em razão do texto normativo.

Volta à baila o tema da textura aberta do Direito e da impossibilidade linguística de que o texto normativo seja exaustivo na fixação de todos os seus sentidos possíveis. A cognoscibilidade não se posiciona na contramão dessa compreensão, mas busca a ela se alinhar para admoestar os responsáveis pela edição dos textos normativos em usar uma linguagem que favoreça a compreensão do núcleo irreduzível da norma jurídica, de forma acessível a todos,

permitindo, enfim, que todos os sujeitos de direito possam ler o texto normativo e dele extrair um conjunto mínimo de orientações seguras para pautar suas condutas.

Ávila (2019, p. 140) informa ainda que há uma segunda possibilidade, mais extremada, de fixação desse conceito, consistente na capacidade de o cidadão entender exatamente o conteúdo normativo das normas, importando em certeza absoluta do direito, seguindo na esteira da univocidade de resultados defendida por Kelsen. É sob esse signo que se qualifica a segurança jurídica como um mito, uma ilusão, uma quimera.

No aspecto dinâmico e intertemporal da segurança jurídica o foco de atenção está na atividade de modificação do direito posto, haja vista sua necessária mutabilidade para o acompanhamento das evoluções da sociedade. Trata-se, aqui, da confiabilidade, consistente em *exigência de “estabilidade na mudança”, isto é, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade*, portanto, *essa significação de segurança jurídica apenas estabelece exigências relativamente à transição do Direito passado ao Direito futuro. Não uma imutabilidade, portanto, mas uma estabilidade ou racionalidade na mudança, que evite alterações violentas* (Ávila, 2019, p. 142),

Esse aspecto da segurança jurídica não se refere apenas ao Poder Legislativo, alcançando suas provisões, igualmente, a atividade do Poder Judiciário na alteração e superação de precedentes vinculantes.

Com esse norte em mira, Paim (2016, p. 58) afirma não haver *dúvida de que se pode – e, muitas vezes, deve – a haver mudança de entendimento jurisprudencial, não ocorrendo vinculação absoluta a precedentes, sendo inevitável a mudança*.

A valia da proposição da estabilidade também é haurida da compreensão de Paula (2019, p. 71) para quem:

A estabilidade se conecta de maneira nuclear com a segurança jurídica e trata-se de valor que determina que as decisões jurisprudenciais não sejam arbitrariamente modificadas, gerando situação de total instabilidade que impeça o jurisdicionado de conhecer, de antemão, o direito que possui e a forma de exercê-lo.

Nessa medida, retoma-se, uma vez mais, a compreensão de Hershovitz sobre a relação entre o passado e o presente na construção de novos precedentes e, também, a relação de reverência ao passado, sem prejuízo da crítica presente, apresentada por Duxbury como um dos aspectos da justificação deontológica para se seguir precedentes.

O precedente não deve ser entendido como um fantasma que aterroriza o magistrado no julgamento do caso presente, mas sim como um elemento rico de informações das quais se haure o contexto fático-histórico no qual proferida a decisão, a interpretação jurídica do caso e seus fundamentos e, por último mas sem menor importância, os avanços que a sociedade, até aquele momento, galgou na proteção das situações jurídicas individuais e coletivas e que devem ser observados e prestigiados no presente julgamento.

Há, por fim, o aspecto dinâmico com vistas ao futuro, consistente na previsibilidade das condutas humanas a partir do conhecimento do ordenamento jurídico e, mais especialmente, dos precedentes vinculantes.

A previsibilidade, na expressão de Marinoni (2018, p. 110), *é essencial ao Estado de Direito, pois é preciso que o sujeito saiba o significado das condutas que pode praticar para viver com liberdade e se desenvolver.*

Essa característica tem o condão de informar, com segurança, as condutas dos cidadãos porque há neles a confiança de que as Cortes entendem o direito de maneira tal que legitima a maneira como conduzem seus negócios e suas vidas pessoais. Há, enfim, formação de um círculo virtuoso, na medida em que *a opção por uma conduta não só não acarretará algo imprevisto, como também se tem a garantia de que, diante de determinada situação, decorrerá um direito que não poderá ser contestado e, assim, poderá ser plenamente exercido* (MARINONI, 2018, p. 111).

No mesmo sentido é a percepção de Pugliese (2016, p. 64) de que *o papel dos tribunais é essencial, sendo preciso aplicar o Direito de forma uniforme para que a população tenha confiança de que as escolhas que faz, pautadas na lei, serão protegidas pelo Judiciário* e, do ponto de vista dos cidadãos, porque *aquele que age em contrariedade ao sistema jurídico deve ter plena consciência de que seus atos serão considerados ilegais.*

Paim (2016, p. 59) igualmente adere à essa compreensão, alertando que *devem as mudanças jurisprudenciais serem feitas de maneira racional e muito bem fundamentadas, respeitando-se o princípio da não surpresa e permitindo que se cumpra com o ideal de calculabilidade do Direito.*

Faz-se necessário anotar a posição de Ávila (2019, p. 143) para quem a palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de previsibilidade é calculabilidade, assentando que o primeiro vocábulo traduz a ideia de certeza absoluta, *de total capacidade de antecipar as consequências jurídicas da conduta* e o segundo retrata a *capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica,*

conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais (2019, p. 144).

Sem embargo da precisão terminológica empregada por Ávila, concorda-se com Cramer (2016, p. 58), pois *ao que parece, o desacordo de Humberto Ávila é semântico, isto é, refere-se ao significado de previsibilidade*, especialmente porque é uma premissa desse estudo a aceitação da textura aberta do Direito e a impossibilidade da compreensão exata e integral de seu sentido e, porquanto, da antecipação das consequências jurídicas das condutas humanas¹³⁵.

Em arremate aos dois lados da moeda denominada de aspectos dinâmicos da segurança jurídica, Peixoto (2019, p. 59) argumenta que a *diferenciação na nomenclatura – confiabilidade e calculabilidade – tem por função apenas acentuar abordagens de uma mesma situação. Em geral, ambas atuarão em conjunto, porém, com preocupações e efeitos diversos entre si.*

Examinada a segurança jurídica em seu caráter multifacetado, prestigiando-se o seu reconhecimento como norma-princípio, e como valor, além de estabelecidos seus aspectos estáticos e dinâmicos, torna-se inescapável concluir pela sua afirmação como forte razão para se seguir precedentes, especialmente à vista de sua aptidão para estimular um ambiente de compreensão das normas jurídicas, no qual floresce a confiança na atuação das instituições na modernização do Direito e na previsibilidade das condutas dos sujeitos de direito.

5.3.4. Acesso à Justiça

A última justificativa para se seguir precedentes que se analisa é o acesso à justiça.

Na República Federativa do Brasil, o acesso à justiça é um direito fundamental de todos, com assento no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.* – e, como afirma Haddad (2018, p. 20) *é por meio dele que se busca a concretização dos demais direitos pelo Poder Judiciário.* Em afirmação mais contundente, Cappelletti e Garth (1988, p. 12) expressam que *o acesso à justiça pode, portanto, ser encarada como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.*

Porém, se em um primeiro momento a postulação desse direito consistia em efetivamente permitir que todos os cidadãos pudessem apresentar suas demandas ao Poder Judiciário, pois como afirmam Cappelletti e Garth (1988, p. 9):

¹³⁵ Faz-se presente, uma vez mais, a possibilidade de prestígio da segurança jurídica por meio de modulação dos efeitos das decisões ou mesmo pela adoção de regras de transição, conforme exposto na nota de rodapé nº 125.

A justiça, como outros bens, no sistema do laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

A garantia formal da possibilidade de se levar a demanda ao Poder Judiciário é uma promessa vazia se lhe atrelam um custo financeiro que exclui da parcela majoritária da população a fruição desse direito.

Nesse contexto, um dos ângulos do acesso à Justiça aos quais mais se dedicou a doutrina, e a seu tempo e modo o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, foi o das hipóteses de gratuidade da justiça. Em razão de o escopo desse estudo encontrar seu foco no direito eleitoral, no qual não há cobrança de custas judiciais e processuais, apenas e tão somente eventual imposição de multa em razão do caráter protelatórios dos embargos de declaração (art. 275, § 6º, do Código Eleitoral), entende-se prejudicada a análise dessa questão.

Com o objetivo de conferir efetividade aos direitos fundamentais, além do acesso à justiça, o próximo obstáculo é o tempo de demora até a adjudicação judicial. Como sintetizou Souza (2013b, item 5, e-book) *[o] problema da demora excessiva do julgamento das causas é dos mais graves, na medida em que está diretamente relacionado com a ideia de efetividade, resultando muitas vezes, na prática, em verdadeira negação do acesso à justiça.*

Transposta essa dificuldade para a Justiça Eleitoral, constata-se a criação de uma arquitetura processual calcada em procedimentos mais simples, com objetos jurídicos mais restritos, e a imposição de prazos curtos para a prática de todos os atos processuais, inclusive sentenças, de modo que apenas as demandas com maior complexidade e fases recursais, o tempo de processamento e decisão se alonga sem, contudo, se revelar um problema crônico para a maioria quase absoluta dos casos.

Nessa medida, o processo judicial eleitoral harmoniza-se com a exigência apresentada por Mattos (2009, p. 103) de que *o processo há de ser célere e eficaz, de maneira que os envolvidos na causa recebam do Estado a prestação jurisdicional em tempo hábil para a concretização da justiça.*

Há uma discussão que exige maior vagar, perscrutando a questão do tempo em razão do contido no art. 11, § 10º, da Lei das Eleições e, ainda, da temporalidade certa dos mandatos. Contudo, por se revelar uma questão particularizada da Justiça Eleitoral, será mais detidamente debatida no próximo capítulo.

Colocada a questão do acesso à justiça em cotejo com os precedentes judiciais vinculantes, Macêdo (2019, p. 191) traz o debate sobre o uso de precedentes para se obstar o acesso à justiça, expondo o argumento de que os *precedentes obrigatórios impediriam que as pessoas pleiteassem a tutela jurisdicional simplesmente porque alguém já veiculou demanda similar e não teve o seu direito reconhecido*.

A tese, como expõe o autor, encerra paralogia, na medida em que o direito surgido a partir dos precedentes judiciais, ao se inserir no conjunto das normas jurídicas, passa a servir de parâmetro para a construção da argumentação jurídica e da própria discussão quanto à eventual renovação argumentativa do Direito.

Cumpra anotar, em reforço, a compreensão de Uchôa (2020, p. 102) de que *[r]espeito à autoridade não se confunde com atuação subserviente nem afasta a independência funcional dos magistrados*, ressaltando que eventual decisão de magistrado que apresente divergência em relação a um precedente não constitui, por si só, desrespeito à autoridade da Corte emissora do precedente, cumprindo observar se a decisão é racionalmente motivada e prestigia a integridade do direito.

Assim, o conjunto de normas jurídicas não encerra um impedimento ao ajuizamento de demandas, pois se considera possível a sua modificação – inclusive por técnicas de distinção e superação do precedente obrigatório – porém, serve como desestímulo à litigância de má-fé.

Compartilha-se a esperança de Bedran (2018, p. 35) de que *o Poder Judiciário não se deparará com pretensões contrárias às interpretações de suas cúpulas, pois, além de assumir o ônus da sucumbência, poderão ser aplicadas, à parte, multas processuais*.

Como indica Macêdo (2019, p. 192) *a teoria dos precedentes não impede o acesso à justiça, mas o racionaliza: o exercício do direito de demandar deve ser necessariamente dialógico, caso contrário haverá punição do litigante*. Conclui, ao final, que *o acesso à justiça é balizado pela definição normativa advinda dos precedentes judiciais* (2019, p. 193).

Imagine-se a situação inversa. Um determinado precedente obrigatório afirma a existência de um direito que é titularizado por inúmeras pessoas. O cenário retrata uma hipótese de favorecimento de todas essas pessoas pelo precedente, facilitando-lhes o acesso à justiça exatamente porque já foi inserido, no bloco de normas jurídicas, o reconhecimento positivo da situação jurídica pleiteada em cada nova demanda.

De igual forma, isso não impede que a parte adversária se defenda e, conforme o caso concreto, argumente a existência de condições e situações que impeçam a aplicação do

precedente vinculante, sem que isso importe, necessariamente, em atos protelatórios ou mesmo de litigância de má-fé,

O reconhecimento de que as normas jurídicas contidas em precedentes judiciais integra o bloco de normas do ordenamento jurídico ou, na linguagem de Hart, a inserção dos precedentes judiciais no campo positivo de incidência da norma de reconhecimento dos operadores do direito, e sua aptidão a replicar uma decisão a diversas pessoas em situações análogas, sinaliza que o acesso à justiça, visto sob o prisma material, é verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, expressão cunhada por Watanabe (2019, p. 3), atribuindo como dado elementar desse direito, dentre outros, *o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante de adequação entre a ordem jurídica e a realizada socioeconômica do País* (2019, p. 10).

O dado elementar do perfeito conhecimento do direito substancial é de máxima importância para se reconhecer, para além do que já foi exposto, o valor primordial dos precedentes obrigatórios para a Justiça Eleitoral.

O direito eleitoral não é uma disciplina obrigatória na formação técnico-jurídica das faculdades de Direito nacionais, conforme se lê na Resolução nº 2, e 19 de abril de 2021, da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, do Ministério da Educação¹³⁶.

Isso importa no reconhecimento de que apesar de todos os municípios brasileiros realizarem eleições em intervalos regulares de quatro anos, nem todos os advogados que atuam no processo judicial eleitoral possuem conhecimento adequado do direito material. Longe de se defender que o direito eleitoral é, de alguma forma, especial, cumpre anotar que ele agasalha peculiaridades processuais – quanto aos prazos e à inaplicabilidade da sua forma de contagem prevista no CPC, quanto aos procedimentos específicos e o objeto juridicamente possível de ser neles deduzido, entre outros – distinções conceituais que afetam os processos e os respectivos recursos – condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, momentos processuais de sua perfectibilização e arguição processual – e mesmo em relação aos atos individuais e partidários necessários para a participação no processo eleitoral – como as relações de fixação de domicílio eleitoral, filiação partidária e os aspectos internos de validade das convenções partidárias, além

¹³⁶ http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=181301-rces002-21&category_slug=abril-2021-pdf&Itemid=30192. Acesso em 23 abr 2022.

da formação de coligações e federações partidárias – que podem ser de mais difícil acesso para quem não recebeu a devida instrução técnica.

Nesse norte, acolhe-se a proposição de Mattos (2009, p. 107) de ser necessária *uma reestruturação* [dos cursos jurídicos] *no sentido de formar profissionais com habilidades técnicas mais adequadas às necessidades sociais*.

Daí a importância de precedentes judiciais na Justiça Eleitoral. A manutenção de uma linha de precedentes uniforme, estável, íntegra e coerente por parte do Tribunal Superior Eleitoral, na forma do artigo 926, *caput*, do CPC, pode fornecer um plantel de normas jurídicas correlacionadas a situações concretas análogas às que se pode vir a encontrar em todo o território nacional. Com o acesso à ferramenta de pesquisa de jurisprudência pela internet, todos os cidadãos diligentes podem server informações essenciais para orientarem suas condutas eleitorais, os advogados podem melhor fundamentar eventuais demandas judiciais e os juízes eleitorais, frise-se, podem vir a proferir decisões harmônicas com os precedentes judiciais, favorecendo o acesso à uma ordem jurídica justa e célere, em todos os 5568 municípios da República Federativa do Brasil.

No ponto, cumpre rememorar o aporte de Zanetti Jr. (2019, p.332) quanto ao papel essencial de um sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões, também para a melhor instrumentalização de um sistema de precedentes judiciais como garantia indispensável de acesso a uma ordem jurídica justa.

Examinado o *stare decisis*, desde sua origem histórica, passando pelas distinções necessárias entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, o efeito vinculante em sua perspectiva horizontal e vertical e, por fim, os motivos que, no escopo desse estudo, podem ser invocados para justificar a obediência aos precedentes judiciais, passa-se ao derradeiro capítulo, no qual se busca aferir a aplicabilidade do *stare decisis* à Justiça Eleitoral.

6. PRECEDENTES JUDICIAIS NA JUSTIÇA ELEITORAL

Todo o caminho trilhado por esse estudo, passando por temas de Filosofia e de Hermenêutica, além de um olhar para a doutrina estrangeira, naquilo que necessário, tem por objetivo preparar o exame mais detido da aplicabilidade de uma teoria de precedentes vinculantes à Justiça Eleitoral, especialmente à vista de suas peculiaridades.

Há um motivo para cada uma das investigações expostas alhures. Buscou-se construir um anteparo teórico seguro para o cotejo entre os moldes teóricos bem estabelecidos no âmbito da doutrina e da jurisprudência e o funcionamento particularizado da Justiça Eleitoral brasileira.

Busca-se aquilatar uma compreensão jurídica quanto à possibilidade de a Justiça Eleitoral adotar, em tese, um sistema de precedentes judiciais, especialmente à luz de questionamentos quanto à temporariedade dos mandatos de seus membros, da sucessão de pleitos eleitorais com normas jurídicas distintas, da existência de pleitos concorrentes em diversas circunscrições do território nacional e, por fim, em razão da própria legislação eleitoral, criada e constantemente ajustada pelos seus próprios destinatários. Ao final, propõe-se ainda o estudo de casos concretos que suportem o peso das conclusões teóricas.

6.1. A JUSTIÇA ELEITORAL COMO *LOCUS* DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

A primeira pergunta que aflige a mente quando se conectam os temas Justiça Eleitoral e Precedentes Judiciais é quanto à sua viabilidade, haja vista as constantes modificações legislativas em matéria eleitoral e a renovação dos ciclos eleitorais a cada dois anos.

A resposta pode ser formulada em duas ordens de argumentos.

6.1.1. Da aplicação subsidiária do CPC à Justiça Eleitoral¹³⁷

Na primeira delas, parte-se da análise do Código Eleitoral de 1965, Lei nº 4.737, no qual havia, em seu artigo 263, *caput*, a menção à figura dos pré-julgados eleitorais: *No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem*

¹³⁷ Sem descurar da força do argumento de que a observância de um sistema de precedentes judiciais decorre da própria Constituição Federal, na medida em que nela se infere o princípio da segurança jurídica, e para além do debate quanto ao modelo de cortes supremas e cortes de justiça, a pesquisa se dedica, com maior ênfase, aos aspectos de aplicabilidade do Código de Processo Civil à Justiça Eleitoral em razão de as normas sobre um modelo brasileiro de precedentes judiciais estarem neste contidas.

prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal.

A discussão quanto à possibilidade de aproximação da disposição normativa sobre questões de Direito com a *ratio decidendi* de precedentes se beneficia do que já exposto quanto à necessária amálgama entre os fatos e o direito aplicado para a formação desta última, porém, esse debate resta prejudicado em razão do que decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 9936, Acórdão de, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 14/09/1992, no qual se produziu o Ac. Nº 12.501.

Embora a questão de mérito tratasse de representação de partidos políticos por diretórios municipais, travou-se discussão sobre a recepção do artigo 263, do Código Eleitoral, pela Constituição de 1988, vindo a compreender, a maioria dos votos, pelo juízo negativo de compatibilidade intertemporal da norma, como se lê ementa:

I. RECURSO ESPECIAL: REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO DO PARTIDO POLÍTICO PELO DIRETORIO MUNICIPAL NA SUA INTERPOSIÇÃO: REVISÃO, POR MAIORIA ABSOLUTA DE VOTOS, DA JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR: INEXIGIBILIDADE, PARA A REVISÃO, DA MAIORIA QUALIFICADA DE DOIS TERÇOS, PORQUE INCOMPATÍVEL O ART. 263 DO CÓDIGO ELEITORAL COM AS CONSTITUIÇÕES POSTERIORES. [...]

Colhe-se da fundamentação do acórdão que o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 263, do Código Eleitoral, desde a Constituição de 1946, em razão de violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, da Constituição Federal de 1988).

A seu turno, o Min. Carlos Velloso votou por acompanhar o relator, apenas diferenciando sua compreensão de que entendeu o artigo revogado pelas Constituições de 1967 e 1988, constatando-se a adesão dos demais Ministros ao reconhecimento de inconstitucionalidade do dispositivo normativo¹³⁸.

¹³⁸ Eis a íntegra da manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (Relator): Senhor Presidente, refleti sobre o tema e acabei me convencendo da inconstitucionalidade.

É óbvio que a hipótese é um pouco diversa da do prejulgado trabalhista que é significativamente mais rígido; primeiro porque, o trabalhista, se impunha diretamente aos órgãos inferiores da estrutura da Justiça do Trabalho, enquanto o prejulgado eleitoral tem eficácia restrita a cada Tribunal; no tempo, enquanto o prejulgado trabalhista é de duração indeterminada, o eleitoral só vige no mesmo período eleitoral em que assentado.

Dois, porém, são os pontos em que me parece haver o choque com a Constituição.

O primeiro é idêntico ao do prejulgado trabalhista. Apesar das diferenças notadas, a menor extensão orgânica, a temporariedade e a maior flexibilidade - porque ainda neste período se permite a revisão por um quórum qualificado - o que é certo e que também o prejulgado trabalhista faz de um precedente jurisprudencial

Uma leitura mais apressada poderia render ao intérprete a compreensão de que os precedentes judiciais são incompatíveis com a Justiça Eleitoral, na mesma medida em que os prejulgados eleitorais.

Contudo, entre 1992, quando ocorreu esse julgamento, e o presente, incorporaram-se ao ordenamento jurídico nacional barreiras aptas a modular o acesso recursal às Cortes Superiores e ao Supremo Tribunal Federal, que têm como traço comum a valorização de decisões dessas Cortes, como a repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários (artigo 102, § 3º, CF, conforme EC 45/2004), as Súmulas Vinculantes (artigo 103-A, caput, CF, conforme EC 45/2004). Em momento posterior, com o advento do Código de Processo Civil, instituiu-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, artigos 976 a 987, e, com maior destaque, o modelo brasileiro de precedentes judiciais, na forma dos artigos 926 e 927, do CPC.

Essa evolução normativa se fez acompanhada do pós-positivismo jurídico, em especial sob a batuta do reconhecimento do papel primordial da Constituição, do reconhecimento da atividade interpretativa e criativa do Direito pelo Poder Judiciário e da ampla aplicabilidade dos princípios jurídicos, proposições que bem se harmonizam e se privilegiam da manutenção de um sistema de precedentes judiciais estável.

como norma vinculante da decisão do Tribunal. Logo, dá ao precedente judicial força de lei, o que viola o princípio de separação funcional aos poderes. O exemplo que estamos vivendo é manifesto: o Tribunal, em sua composição plenária, por maioria absoluta, se manifesta no sentido de conhecer de determinado recurso, mas a aplicação da regra do prejulgado levaria, não obstante, a proclamar que o recurso não fora conhecido. E a minuta teria de consignar: "não conhecido por maioria de voto." Aqui está à prova de que se sobrepõe, a independência jurídica dos juízes, que, nos colegiados, por maioria, compõem a decisão do Tribunal, se sobrepõe um precedente de jurisprudência.

Anoto mais, Senhor Presidente, que o Tribunal, de certo modo, já se antecipou à condenação do prejulgado. Nossa recente emenda regimental adota expressamente o mecanismo da súmula, e a idéia de súmula é incompatível com a idéia de prejulgado. A súmula é apenas - tivemos oportunidade de dizer, o eminente Ministro Carlos Velloso, Relator e eu, no voto - vista, na decisão da Ação Direta nº 594, que a súmula é forma de proclamação solene, um instrumento de relativa estabilidade da jurisprudência, que não pretende, jamais, impor ao Tribunal a proclamação de uma decisão contra a convicção de sua maioria. Apenas quer que esta mudança de jurisprudência seja consciente; este é o grande propósito da súmula, estabelecer um procedimento de mudança da jurisprudência, sem nenhum quórum qualificado. A grande revolução da súmula foi tentar por fim à jurisprudência lotérica, à decisão lotérica, às mudanças inconscientes do entendimento do Tribunal. Mas, uma vez posta conscientemente a questão, uma súmula não constitui nenhuma limitação à afirmação da independência jurídica e da convicção de cada juiz sobre a tese jurídica posta.

Ocorre-me, afinal, mais uma consideração. É tão violenta a força vinculante que o prejulgado pretende, que ele é maior do que a força obrigatória da lei. Veja V. Exa.: se nesta votação, tivermos quatro votos pela inconstitucionalidade de uma lei, podemos deixar de aplicá-la; mas teríamos que ter cinco votos para deixar de aplicar o critério de um precedente que, ao ver da maioria do Tribunal, não interpretou bem a lei.

De tal modo, Senhor Presidente, que meu voto incidentemente declara inconstitucional o art. 263 desde a Constituição de 46, sob a qual foi editado. Disponível em <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/16785>. Acesso em 16 mar 22. Sublinhei.

Neste cenário mais amistoso ao reconhecimento e à valorização das decisões judiciais como fontes do Direito, a leitura conjunta dos artigos 15, *caput* – *Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.* –, e 926, *caput*, ambos do CPC, indicaria que o sistema de precedentes judiciais se aplica a todas os Tribunais que compõem a Justiça Eleitoral

A questão, contudo, não deixou de ser problematizada pela doutrina.

Carvalho Neto (2018, p. 15), alude à diferença entre a aplicação subsidiária e a aplicação supletiva das normas do CPC à Justiça Eleitoral, argumentando que a

A aplicação subsidiária pressupõe vazio normativo no sistema para o qual está sendo importada a novidade. E a aplicação supletiva pressupõe alguma estrutura normativa, normalmente incipiente, atrofiada, desatualizada, a ser corrigida, complementada, aprimorada pela norma estrangeira.

O debate se aflora em razão do elemento conectivo e a vincular as formas de aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil ao processo eleitoral.

Em socorro à dúvida arguida pelo autor, defende-se que a declaração de inconstitucionalidade incidental do artigo 263, do Código Eleitoral, já mencionada, rendeu inaplicável ao modelo de precedentes judiciais eleitorais o parâmetro, atrofiado, dos prejulgados.

Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal não foi questionado quanto à constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, do disputado artigo. Mas também não se pode deixar de reconhecer a existência do Ac. 12.501-TSE, o qual produz todos os efeitos e se mantém, hígido e observado pela Justiça Eleitoral, até o presente momento.

Carvalho Neto (2018, p. 55) revela-se simpático ao Tribunal Superior Eleitoral *reestudar a matéria com os olhos do presente diante da nova moldura constitucional instaurada pela CF/1988 e, principalmente, depois da EC 45/2004, no que, dentre outras matérias, cunhou as súmulas vinculantes do STF.* Sendo acompanhado por Nunes e Amadeus (2016, artigo em sítio eletrônico), ao afirmarem

Tendo sido o Código Eleitoral, Lei 4.737/1965, editado anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), aquele se submeteu a este novo fundamento de validade constitucional. E sob esse novo fundamento de validade, precipuamente após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45/2004, ainda não foi analisado.

Aderindo à essa percepção, e lhe acrescentando o teor da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 637.485, publicado em 20.05.2013, Nogueira Junior

(2016, p. 87) igualmente sustenta que a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral quanto aos prejudgados esteja superada, sendo necessário o reconhecimento de seu recebimento pela nova conformação da ordem jurídica.

A proposta, ainda que compreensível e apresentada com boa-fé, esbarra nos termos da decisão do TSE quanto à inconstitucionalidade do mencionado artigo 263, do Código Eleitoral.

Admitir que o AC 12.501-TSE não produziu efeitos desde 1992, que foi tomada sob a égide da Constituição de 1988, mas antes das alterações legislativas e constitucionais que hoje conformam o ordenamento jurídico, e que essa moldura tem o condão, por si só, de destituir a declaração incidental de inconstitucionalidade é um passo demasiado largo.

Em primeiro aspecto, a decisão ora escrutinada foi tomada pela unanimidade de votos e produz, até o presente momento, adesão horizontal dos membros do Tribunal Superior Eleitoral, revelando, nessa medida, adesão a uma das dimensões da eficácia vinculante dos precedentes judiciais obrigatórios.

Um segundo aspecto que deve ser aferido é que as decisões judiciais não caducam em razão da passagem do tempo ou mesmo porque, após alcançadas pelos efeitos da coisa julgada, houve uma alteração do eixo axiológico constitucional.

Acrescente-se que um dos fundamentos expostos pelo Tribunal Superior Eleitoral como inadequado na redação do artigo 263, do Código Eleitoral, foi o desalinhamento entre o quórum de votação e o quórum de revogação do prejudgado¹³⁹, conforme ressaltado na nota de rodapé nº 138, situação que, em si, é incompatível com as modernas técnicas de interpretação judicial e de superação, ainda que prospectiva, de precedentes.

Assim, ainda que o ordenamento jurídico pátrio concebesse hipótese de repriminção de dispositivo normativo em razão de alteração de modelo constitucional ideológico, ainda restaria a discussão quanto à sua adequação às balizas atuais de viragem jurisprudencial, desautorizando-se a tentativa de ressuscitação do artigo 263 do Código Eleitoral.

Afastado o reavivamento do prejudgado e, por consequência, a aplicação supletiva do Código de Processo Civil à Justiça Eleitoral, mantém-se hígida a possibilidade de sua aplicação subsidiária, decorrência lógica do princípio da especialidade (ZILIO, 2020, p. 611) e de longo tempo matéria pacífica no âmbito do TSE (ALVIM, 2016, p. 35), suprimindo a lacuna legislativa quanto à um sistema de precedentes eleitorais.

¹³⁹ De acordo com o art. 263, caput, do CE – *No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal* – é possível a fixação de um prejudgado com o placar de 4x3, mas exige-se um placar mínimo de 5x2 para que não se aplique a tese.

Porém, como alertam Jorge, Liberato e Rodrigues (2020, p. 62) a aplicação subsidiária de normas do CPC somente é possível *depois de conferir se a principiologia desta regra é adequada à principiologia que rege o ramo do direito regido pela lei especial*, requisito denominado de compatibilidade sistêmica. A compreensão de Zilio (2020, p. 608) é no mesmo sentido, ao ressaltar:

Os princípios do Direito Eleitoral servem de pedra angular para uma efetiva prestação jurisdicional, pois se deve conferir coerência e harmonia substancial de todo o sistema normativo – o que exige uma compatibilização principiológica das regras subsumíveis supletiva e subsidiariamente.

No campo da compatibilidade sistêmica entre um sistema de precedentes e a Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 23.478/2016, fazendo constar em seu artigo 20, que não reconhece a compatibilidade da *sistemática dos recursos repetitivos prevista nos artigos 1.036 a 1.042 do Novo Código de Processo Civil não se aplica aos feitos que versem ou possam ter reflexo sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação e resultado ou anulação de eleições*.

O elemento que a doutrina de Jorge, Liberato e Rodrigues (2020, p. 64) identifica como obstativo da compatibilidade sistêmica do IRDR com as mencionadas demandas eleitorais é a possibilidade de suspensão dos processos em caso de juízo positivo de admissibilidade do incidente, na forma do artigo 982, inciso I, do CPC.

Em razão de a Justiça Eleitoral lidar com demandas relacionadas ao certame eleitoral que se realiza com data certa e da duração dos mandatos eleitorais, a suspensão dos feitos em razão da admissibilidade do IRDR poderia prejudicar a própria viabilidade do mérito dessas demandas¹⁴⁰.

Afastada essa incompatibilidade, parece-nos acertada a conclusão de Mouzalas e Terceiro Neto (2016, p. 422) de que na Resolução se limitou parcialmente *a aplicação das normas sobre formação de precedentes obrigatórios, subentendendo-se que todas as demais (sobre formação e sobre aplicação de precedentes) devem ser observadas pelos órgãos jurisdicionais da Justiça Eleitoral*.

Não se constata a existência de outros óbices normativos para a imposição, à Justiça Eleitoral, da adoção de um sistema de precedentes judiciais.

¹⁴⁰ Em verdade, não há registros na Justiça Eleitoral de decisão que tenha determinado a adoção da sistemática de recursos repetitivos resultando, pelo menos até o momento, inaplicáveis as balizas contidas no art. 20, caput, da Res. nº 23.478/2016-TSE.

6.1.2. Da compatibilidade sistêmica dos artigos 926 e 927, do CPC, com a Justiça Eleitoral

A segunda ordem de argumentos faz o cotejo da compatibilidade sistêmica do uso de precedentes judiciais na Justiça Eleitoral e com as prescrições normativas contidas nos artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil.

O próprio reconhecimento da possibilidade de aplicação subsidiária do artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil, por se tratar de um comando voltado aos Tribunais e a forma como desempenham seus deveres constitucionais relativos à jurisdição, é um corolário lógico da primeira ordem de argumentos.

Ademais, já se estabeleceu que o Direito Eleitoral é um dos ramos do Direito nos quais aflora uma especial valorização e manutenção da segurança jurídica, notadamente sob os seus aspectos dinâmicos intertemporal e com vistas ao futuro, não se identificando quando conflito principiológico que pudesse corroer, sob esse viés, a compatibilidade sistêmica defendida.

Vista a questão pelo prisma do acesso à justiça, a manutenção de jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente pelos Tribunais Eleitorais é um dever do acesso à ordem jurídica justa, um sistema de precedentes judiciais permitindo-se identificar, também nesse aspecto, a compatibilidade sistêmica desse valor jurídico com o Direito Eleitoral.

O questionamento surge em relação ao artigo 927, do Código de Processo Civil, especialmente em razão de sua previsão quanto a quais espécies de decisão devem ser observadas por juízes e tribunais, dentro do sistema de precedentes proposto nesse capítulo do CPC e aplicado subsidiariamente à Justiça Eleitoral. Lê-se no artigo, no que guarda pertinência com o debate:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Postas sob lupa as espécies de decisão dispostas no artigo 927, incisos I a III, do CPC, é de se constatar que os tribunais eleitorais não proferem decisões em controle concentrado de constitucionalidade, tampouco enunciados de súmulas vinculantes. Como exposto, não há

registro de decisão proferida em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso especial repetitivo, averbando-se, inclusive, a incompatibilidade sistêmica dessa técnica de decisão em relação a um conjunto de temas sensíveis na seara eleitoral.

Sob o ângulo do inciso IV, as Cortes eleitorais editam enunciados de súmulas em matéria eleitoral – das 72 (setenta e duas) súmulas editadas pelo TSE¹⁴¹, 7 (sete) delas estão canceladas e outras 11 versam entendimentos análogos aos contidos em súmulas do STF e do STJ –, contudo, súmulas não são equivalentes à precedentes judiciais, ainda que, conforme sustentando por Alvim e Dantas (2018, p. 259) as súmulas e os precedentes vinculantes *equivalem-se do ponto de vista funcional, acrescentando que não existem [súmulas] em países da common law, porque não fariam sentido naquele contexto e nem teriam função.*

A derradeira hipótese do artigo 927, do CPC, contida no inciso V, trata da observância por juízes da orientação do órgão plenário ao qual vinculado.

A Constituição Federal, em seus artigos 119 e 120, § 1º, determina que o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais sejam compostos por 7 (sete) membros cada. Já no tocante à sua organização interna, o artigo 121, da Constituição Federal determina que será matéria de Lei Complementar.

Inexistente essa provisão normativa específica, o Código Eleitoral foi recepcionado como se Lei Complementar fosse, no que dispõe sobre o tema. Extrai-se de seus artigos 19 e 28 que tanto o Tribunal Superior Eleitoral como os Tribunais Regionais Eleitorais, respectivamente, deliberam por maioria de votos, em sessão pública, com a presença da maioria de seus membros.

Como resumem Mouzalas e Terceiro Neto (2016, p. 423) *nos tribunais eleitorais, o único órgão colegiado existente é o plenário. Não há órgãos fracionários [...]o que significa que todas as decisões colegiadas das cortes eleitorais são formalmente vinculantes, consoante o art. 927, V, do CPC/15.*

Defende-se, a partir do exposto, que o artigo 927, incisos I a V, do Código de Processo Civil não agasalha aptidão para lastrear um sistema de precedentes judiciais eleitorais, em razão da inaplicabilidade das três primeiras hipóteses à Justiça Eleitoral, ao esvaziamento das matérias de maior impacto eleitoral da ambiência das técnicas de decisão em massa de recursos e, por fim, porque o inciso V produz efeitos apenas e tão somente em relação aos membros do

¹⁴¹ Disponível em <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse>. Acesso em 01 abr. 2022.

próprio tribunal, não servindo como fundamento da eficácia vinculante horizontal do *stare decisis*.

Reconhecendo-se que a arquitetura do sistema de precedentes judiciais obrigatórios contida no CPC traz dois conjuntos de regras: o primeiro impõe aos tribunais deveres na formação e manutenção de sua jurisprudência; o segundo tem a intenção de selecionar uma fração dessas decisões e impor a sua observância aos demais juízes e tribunais, é forçoso concluir que o artigo 927, do CPC, na medida estudada, tem pouca, senão nenhuma, compatibilidade sistêmica com a Justiça Eleitoral e igual carência de eficácia para vincular os magistrados.

Surge, enfim, o questionamento: Se apenas o primeiro conjunto de regra foi reconhecido como compatível com a Justiça Eleitoral, de qual maneira é possível determinar a sua observância por juízes e tribunais, conferindo-lhe eficácia vinculante vertical?

A resposta, que se admite ser pouco ortodoxa e que não se encontrou na doutrina, é de reconhecer que o artigo 926, do CPC, é aplicável subsidiariamente à Justiça Eleitoral e que o fundamento da sua eficácia vinculante vertical não é a lei – provisão normativa explícita, repisando-se a terminologia de Vaquero – *mas sim o dever geral de promoção da segurança jurídica de todos os magistrados, visto sob as facetas da segurança jurídica enquanto norma-princípio e como valor, e centradas no seu aspecto dinâmico, intertemporal e pró-futuro, com ênfase no papel do Poder Judiciário como agente institucional responsável pela estabilidade jurídica apta a pavimentar a previsibilidade das condutas dos cidadãos*.

Posto de outra forma, o sistema de precedentes judiciais eleitorais produz eficácia vinculante vertical, em princípio, da mesma forma que os modelos anglo-saxões, e não por força de lei.

Em outras palavras, ao pensarmos num sistema de precedentes judiciais na Justiça Eleitoral há uma distinção entre o fundamento da eficácia vinculante horizontal – o artigo 926, *caput*, da Justiça Eleitoral – e da eficácia vinculante vertical – o comportamento do Tribunal Superior Eleitoral segundo as balizas de integridade e coerência que informa a proposta teórica do Direito como Integridade.

Nesse norte, e diante do elevado valor que o Direito Eleitoral confere à segurança jurídica, defende-se a aplicação do modelo de direito como integridade, na forma exposta por Ronald Dworkin, como fundamento para a eficácia vinculante vertical do sistema de precedentes eleitorais.

Não se desconhece que a proposta é, no mínimo, heterodoxa ao cindir a fonte das obrigações impostas ao Tribunal Superior Eleitoral e, em segundo plano, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos juízes eleitorais. Àquele, a lei, a esses, uma obrigação derivada da compreensão do princípio da segurança jurídica, mas que não se encontra positivada no texto legal.

É fascinante observar que a proposta impacta o teor da regra de reconhecimento – sim, retoma-se Hart – na seara eleitoral.

Aos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral impôs-se dever legal de observar as decisões proferidas no órgão colegiado daquela Corte, o qual é integrado por todos eles. Assim, a regra de reconhecimento que os vincula não lhes permite, em princípio, deixar de cumprir a previsão do artigo 927, inciso V, do CPC.

Contudo, a todos os demais magistrados eleitorais não há dever similar, de modo que, sua regra de reconhecimento não contempla exigência normativa determinando a adoção de precedentes do Tribunal Superior Eleitoral como elemento vinculante na análise dos casos concretos que lhes são apresentados para julgamento.

Assim, entende-se que a inserção dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral na regra de reconhecimento que define os limites da compreensão do direito eleitoral pelos magistrados depende de sua conexão com outro valor jurídico, esse sim, plenamente reconhecido, e que tenha o condão de se apresentar ombreado com o valor de se observar precedentes judiciais eleitorais.

É nessa medida que a contemplação da segurança jurídica, em sua acepção de valor contido na ordem constitucional e que informa a atuação geral dos magistrados, é suficiente para suprir a lacuna na regra de reconhecimento adotada pelos juízes eleitorais e supre a inexistência de obrigação legal de observância de precedentes do Tribunal Superior Eleitoral.

Porém, essa mesma conclusão é a raiz do nó górdio do imbróglio.

Se o Tribunal Superior Eleitoral, no cumprimento de sua função jurisdicional, não empenhar esforços para manter sua jurisprudência uniformizada, estável, íntegra e coerente, deixará de se legitimar como fonte segura de precedentes judiciais que promovam a segurança jurídica e, assim, obtenham aderência dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos juízes eleitorais.

Há uma segunda camada nessa discussão. A teoria do Direito como Integridade, integrante que é do pensamento pós-positivista, renova a vinculação entre o Direito e a Moral, como já exposto no capítulo 3.

Um ramo do Poder Judiciário voltado à verificar e controlar quem pode ser candidato a cargos eletivos, fiscalizar atos de campanha e reprimir atos de abuso de poder, inescapavelmente está imersa num universo informado pela moral. E os exemplos abundam: (i) não se aceita candidatos fichas-sujas; (ii) não se aceita o uso desenfreado do dinheiro para corromper a formação da vontade do eleitor; (iii) não se admite que a propaganda eleitoral falseie a verdade para iludir o eleitor. Todas essas previsões com o verniz legislativo encerram uma preocupação inescapavelmente moral.

O desafio se apresenta na medida em que a Justiça Eleitoral, ao proteger elementos morais contidos na legislação, não pode se conceder o direito de proferir decisões que não respeitem uma moral compatível com aquela que informa o ordenamento jurídico, seja como forma de legitimação de um juízo de credibilidade perante a sociedade brasileira, seja como fonte de decisões judiciais que incentivam a sua observância como precedentes judiciais.

Nesse ponto, é de relevo a atuação do Tribunal Superior Eleitoral. Seu papel de vértice na estrutura da Justiça Eleitoral o coloca sob os holofotes da sociedade, especialmente no julgamento de casos que envolvem os candidatos ao cargo de Presidente da República, além de casos que possam envolver pessoas de destaque político em suas regiões.

O zelo em proferir decisões que sejam compatíveis com a norma e com a moral nela contida e, na medida do possível, com a moral externada pela sociedade civil organizada é um elemento a favorecer a credibilidade da Justiça Eleitoral.

Além disso, por serem os magistrados seres humanos, munidos de uma moral própria, a articulação de decisões jurídicas que respeitem esses padrões morais coletivos e institucionalizados na lei, também tem o condão de atrair, na medida da sua compatibilidade, a adesão dos magistrados.

Decidir conforme a teoria do Direito como Integridade, reconhecendo o papel subjacente desempenhado pela moral, não é, em qualquer âmbito de mensuração, tarefa fácil. Ainda mais quando se atrela a essa atividade a função de servir como anteparo necessário para a construção de um sistema de precedentes judiciais íntegro, coerente, estável e lastreado no reconhecimento do acerto das racionalidades que informam as decisões judiciais. Contudo, diante do desenho jurídico envergado neste estudo, é o caminho possível para se firmar um sistema de precedentes judiciais na Justiça Eleitoral.

Em conclusão, exauridas as duas ordens de ideias sobre a Justiça Eleitoral como *locus* de um sistema de precedentes, cumpre averiguar se o modelo de sistema proposto resiste ao contato com a realidade

Com esse desiderato, analisa-se cinco situações encontradas na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e sua aptidão para inspirar observância nas instâncias ordinárias eleitorais.

6.2. A TEMPORARIEDADE DA INVESTIDURA NA JURISDIÇÃO ELEITORAL

Lê-se no artigo 121, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que no âmbito dos Tribunais Eleitorais, a investidura na jurisdição eleitoral tem prazo mínimo de 2 anos e não pode se prolongar por mais de dois biênios consecutivos, no que Costa (2016, p. 285) informa ser denominado pela doutrina de *princípio da periodicidade da investidura das funções eleitorais*.

Vale dizer, com Gomes (2020, p. 103) que não há mandatos vitalícios na Justiça Eleitoral, já que a duração dos mandatos é de 2 (dois) a 4 (quatro anos).

Essa situação não se espelha na investidura dos Ministros das outras Cortes Superiores – STJ, TST, STM, tampouco em relação aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais e do Trabalho.

A peculiaridade não escapou à atenção de Jorge, Liberato e Rodrigues (2020, p. 248) ao indicarem se tratar de um *sistema no qual a Justiça Eleitoral não dispõe de um quadro permanente de juízes que a integram, diferenciando-se, assim, de todos os demais ramos do Poder Judiciário*.

O motivo dessa diferenciação é encontrado no contexto histórico no qual foi instituída a Justiça Eleitoral no Brasil, ainda na década de 1930¹⁴².

Serejo (2016, p. 27) abre a investigação apontando que a *Revolução de 1930 teve como uma de suas metas a moralização do sistema político-eleitoral brasileiro, viciado por práticas que comprometiam a autenticidade dos resultados das urnas*.

A seu turno, Machado (2018, p. 77) acrescenta que a criação da Justiça Eleitoral, em 1932¹⁴³, atendeu aos impulsos renovadores da Revolução de 30, *promovida com o fim de afastar do poder as oligarquias que se alternavam na direção do país, por meio da chamada “política do café com leite”*¹⁴⁴.

Havia, porém, outros problemas com o sistema eleitoral brasileiro.

¹⁴² Para uma compreensão mais aprofundada sobre o contexto de fraudes nas eleições, naquele período histórico, sugere-se a leitura, porventura atual demais e 2022, da obra *Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil*, de Vitor Nunes Leal, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴³ Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.

¹⁴⁴ Jorge, Liberato e Rodrigues (2020, p. 243) rememoram que a política do café com leite servia para que apenas candidatos indicado por São Paulo (produtor de café) e por Minas Gerais (produtor de leite) fossem eleitos, alternadamente, Presidentes da República.

Jorge, Liberato e Rodrigues mencionam o coronelismo, assim o descrevendo (2020, p. 243-244):

período em que houve predomínio, no cenário político-institucional, dos chamados coronéis, grandes proprietários rurais que receberam tal patente, no período regencial, a fim de recrutarem pessoas alinhadas ao interesse do governo e das elites, para combater a incidência de levantes. Todavia, as mesmas forças policiais que eram utilizadas para a manutenção da ordem também atendiam aos interesses particulares dos coronéis.

O problema logo se manifestou também no campo eleitoral, vindo os coronéis a exercerem controle indevido sobre quem seria candidato e sobre em quem cada uma das pessoas que dele dependiam, votou. Daí surgiu a expressão voto de cabresto.

Havia, ainda, problemas relacionados à própria apuração das eleições, como informa Toffoli (2018, p. 14):

Com a Revolução de 1930, ganhou força a voz de Assis Brasil, que, desde 1893, já defendia a busca pela “verdade do voto” e pela “verdadeira representação”, visando a conferir maior legitimidade aos resultados das eleições e a expurgar do processo eleitoral as práticas deletérias da velha política oligárquica brasileira. No Manifesto da Aliança Libertadora do Rio Grande do Sul ao País, Assis Brasil bem resumiu o caos do processo eleitoral na época: “Ninguém tem certeza de ser alistado eleitor; Ninguém tem certeza de votar, se porventura foi alistado; Ninguém tem certeza de que lhe contem o voto, se porventura votou; Ninguém tem certeza de que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração, no chamado terceiro escrutínio [...]” (ASSIS BRASIL, 1983, p. 312).

É nesse contexto de revolução contra o domínio das oligarquias estaduais sobre a República – a política do café com leite e o coronelismo são, enfim, manifestações de um mesmo fenômeno de poder – e de desconfiança com o próprio processo eleitoral e com os resultados das eleições, que surge a ideia de limitar o tempo da investidura na jurisdição eleitoral.

A proposta sintetizada por Barcelos (2020, p. 55), para esse momento histórico, é que a *Justiça Eleitoral brasileira surge para harmonizar a relação entre poder político e democracia, os poderes estaduais, partidos políticos e sociedade*. Sem perder de mira esse objetivo, relatam Jorge, Liberato e Rodrigues (2020, p. 248), que a temporariedade dos mandatos

[...] teve por objetivo garantir a imparcialidade permanente do Poder Judiciário, prevenindo-se contra a possibilidade de desgastes decorrentes de fricções políticas ao impedir que o magistrado participasse de duas idênticas eleições, evitando que se acumulem interesses contrariados com suas negativas sequelas de um para o outro pleito.

Há similar preocupação no pensamento de Paim (2016, p. 114):

Em tal contexto, em que as paixões podem aflorar, visto que todos os juízes eleitorais são eleitores, possuem uma visão de mundo, uma ideologia, podendo ter maior ou menos simpatia por um determinado candidato ou uma determinada agremiação partidária, a transitoriedade dos mandatos eleitorais tende a ser salutar, já que oxigena a atividade jurisdicional e a própria Justiça Eleitoral.

Anote-se, ainda, posição análoga de Vasconcelos e Silva (2020, p. 279), no sentido de que a temporariedade dos mandatos contribui para a imparcialidade da Justiça Eleitoral e, sob outro prisma, a posição de Machado (2018, p. 79) para quem a temporariedade dos mandatos também permite *a oxigenação e a liberdade nos julgados*.

A preocupação se revela acertada.

Não se pode olvidar que é no âmbito dos Tribunais Eleitorais que se analisam os pedidos de registro de candidatura, de regularidade de atos de propaganda eleitoral e, ainda, eventuais demandas aptas a promoverem a cassação de registros de candidatura, diplomas eleitorais ou mandatos eleitorais. Ou seja, a Justiça Eleitoral detém o monopólio da jurisdição sobre os meios de acesso dos cidadãos aos cargos eletivos e, portanto, aos cargos essenciais na estrutura do Estado.

Nessa condição, seria possível imaginar que uma composição vitalícia viesse a agasalhar, em tese, uma espécie de meta colégio eleitoral, por meio do qual se decidiria qual o candidato que deveria ser eleito e se empreenderiam todos os esforços possíveis para, por meio de decisões judiciais, garantir esse resultado.

Haveria, enfim, a substituição das antigas oligarquias estaduais por uma nova oligarquia, agora com origem no Poder Judiciário, que deteria os meios oficiais de controle sobre candidatos e atos de campanha, retornando ao *status quo* anterior a 1932 e, *ispo facto*, deturpando um dos pilares centrais da criação da Justiça Eleitoral.

Conclui-se, assim, que a garantia, de assento constitucional, da alternância no exercício do poder atribuído à Justiça Eleitoral serve, em idêntica medida, como garantia do princípio republicano.

A percepção vem ao encontro da compreensão de Villela e Gonçalves (2016, p. 133) ao afirmarem que *a rotatividade dos mandatos eletivos tem, como paralelo, a rotatividade dos responsáveis pela condução dos pleitos e julgamento das contendas. A politização que houver, será efêmera e, num colegiado, diluída.*

Compreendida a origem da periodicidade certa da investidura eleitoral, cumpre analisar os seus efeitos na produção de precedentes judiciais eleitorais, colocando-se sob lupa a sua relação com a eficácia horizontal do *stare decisis*.

Resgatada a perspectiva da justificação consequencialista para se seguir precedentes consistente em se aguardar que o magistrado que firma o precedente encerre suas atividades na bancada da Corte, o resultado não é animador.

Tomemos, por exemplo, o Tribunal Superior Eleitoral, cuja composição está definida na Constituição Federal, no artigo 119, inciso I, alíneas a e b, e inciso II, consistindo em 3 Ministros do Supremo Tribunal Federal, 2 Ministros do Superior Tribunal de Justiça e 2 Ministros Juristas.

Há, em relação aos Ministros indicados pelos STF, uma praxe de que exercem dois mandatos como Ministro substituto e, após, mais dois termos na condição de Ministro titular, todos com duração de um biênio cada, totalizando um tempo de investidura de 8 (oito) anos, embora o efetivo exercício ocorra por apenas 4 (quatro) anos.

De maneira pragmática, cada Ministro do STF exerce a jurisdição eleitoral por 4 anos, na condição de titular, ausenta-se por 4 anos e, então, retorna por mais um período igual como substituto, vindo então a reiniciar o ciclo como Ministro titular. Isso significa dizer que num intervalo de 12 anos, os Ministros do STF não gozam de investidura eleitoral por apenas 1/3 desse lapso.

Já os Ministros oriundos do STJ exercem a jurisdição eleitoral no TSE por apenas 1 mandato como substitutos e 1 biênio posterior como titulares.

Se observarmos que a Corte da Cidadania é composta por 33 (trinta e três) Ministros, seriam necessários 16 mandatos de 2 anos cada para que o primeiro da fila retornasse novamente ao TSE.

À vista das datas de posse e datas limite de aposentadoria dos atuais 31 Ministros do STJ¹⁴⁵, nenhum deles exercerá o cargo por 32 (trinta e dois) anos, condição temporal exigida para que exerçam, por duas vezes, o cargo de Ministro titular do TSE.

Não existe uma baliza normativa que indique a impossibilidade de um Ministro do STJ ser reconduzido, para o biênio seguinte, ao TSE, contudo, a praxe observada indica um acordo de cavalheiros e damas para permitir que o maior número de Ministros possa exercer a jurisdição eleitoral.

¹⁴⁵ Há duas vagas abertas em abril de 2022.

Por fim, em relação aos Ministros juristas, não há um plantel estabelecido que participe de um rodízio, sendo inaplicáveis as métricas acima expostas. O que se observa é que costuma haver a recondução do Ministro jurista ao final de seu primeiro biênio¹⁴⁶, o que permitiria assentar a regra, em princípio, de que ocupam a bancada do TSE por 4 (quatro) anos.

Transpondo essas exposições para à justificação consequencialista em debate, o efeito vinculante horizontal do *stare decisis*, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, então o tempo de produção dos efeitos de vinculação, por esse único critério, poderia variar entre 2 (dois) e 4 (quatro) anos, desconsiderando-se o momento do mandato no qual proferida a decisão que virá a ser reconhecido como precedente.

Se rememorarmos a menção de Gerhardt de que a vida útil de um precedente na Suprema Corte estadunidense, na qual os *Justices* tem assento vitalício, é de 29,2 anos – tempo médio de investidura de um *Justice* –, não é de todo incoerente que mandatos certos e mais curtos também produzam efeitos sobre os precedentes judiciais.

Essa constatação poderia restar isolada no contexto da Justiça Eleitoral. Contudo, os estudiosos do Direito Eleitoral se revelam prontos para indicar a instabilidade na jurisprudência do TSE em razão das alterações dos integrantes da sua composição.

Como alertam Villela e Gonçalves (2016, p. 132) nos *tribunais o término do mandato de um único julgador pode trazer significativa alteração da jurisprudência*, em harmonia com a manifestação de Castro (2020, p. 88) de que *muda a composição do Tribunal, muda não raro o seu posicionamento sobre os mais diversos assuntos*. No contexto da Justiça Eleitoral, o efeito é mais acentuado pois, segundo Roseno (2014, p. 92):

É certo que o abandono de precedentes por parte dos órgãos da Justiça Eleitoral no Brasil apresenta-se com invulgar frequência, o que pode ser atribuído preponderantemente à própria forma de investidura dos magistrados no exercício da jurisdição especializada, fundada historicamente no postulado da temporalidade, a ocasionar constantes mudanças dos que desempenham a judicatura eleitoral e, como resultado, frequentes alterações de curso da jurisprudência.

A crítica também reverbera nas manifestações de Paim (2016, p. 113), ao afirmar ser *muito comum a alteração da composição dos tribunais, o que acaba por gerar, com grande frequência, a alteração do resultado de julgamentos eleitorais, tornando muito cambiante a jurisprudência eleitoral.*

¹⁴⁶ O ex-Ministro Admar Gonzaga exerceu o mandato de Ministro do TSE por apenas 1 biênio, entre 27.04.2017 e 27.04.2019.

Anote-se, ainda, o reconhecimento de que a vantagem concebida pelo legislador ao determinar a temporariedade dos mandatos produziu efeitos indesejados, como informam Bernardo e Clarissa (2016, p. 76):

Contudo, o escoar dos anos mostrou que, a temporariedade da investidura na magistratura eleitoral (art. 121, § 2º, da CF/88) que contribui para o funcionamento daquela justiça longe de qualquer viés político, acabava por gerar um efeito secundário e involuntário, mas muito relevante: a instabilidade jurisprudencial.

Retome-se o alerta de Marinoni, no sentido de que uma Corte que não respeita os próprios precedentes sentirá dificuldades de os ver observados por outros tribunais e juízes. Na mesma extensão em que o TSE opta por alterar sua jurisprudência em razão da alteração dos integrantes de sua bancada, deve aceitar a consequente diminuição da força da sua decisão.

A percepção espaiada na doutrina do fenômeno cambaleante da jurisprudência permite a extrapolação da certeza de seu conhecimento também pelos julgadores que guarnecem os Tribunais Regionais Eleitorais e os Juízos Eleitorais, o que enfraquece, sobremaneira, a força que se espera ter um precedente do Tribunal Superior Eleitoral.

Um estudo de caso pode servir à melhor demonstração do ponto em debate.

Registre-se, de saída, que não se debate aqui o acerto dos méritos das decisões, tampouco far-se-á exposição analítica dos seus respectivos fundamentos seguida de análise crítica, haja vista que se busca demonstrar os efeitos nos julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral em razão das modificações de sua composição.

Por fim, há uma questão temporal que deve ser explicada. Os processos analisados não são originários do TSE, tendo percorrido longo caminho nas instâncias ordinárias até chegarem a julgamento na instância superior. A esse necessário lapso, deve ser acrescido o intervalo necessário para a renovação do ciclo eleitoral, quando surgem novas demandas que podem renovar os debates.

No ponto, observa-se que o primeiro recurso trata das eleições de 2012 e o início de seu julgamento ocorreu em dezembro de 2015, já o segundo feito é referente às eleições de 2018, iniciando-se seu julgamento em novembro de 2020, quando já fora substituída a integralidade dos membros do Tribunal Superior Eleitoral.

No julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 843-56¹⁴⁷, do Município de Jampruca/MG, iniciado em 10/12/2015 e concluído em 21/06/2016, o Tribunal Superior

¹⁴⁷ Houve o julgamento conjunto do REspe nº 843-56.2012.6.13.0136/MG, AC nº 722-40.2014.6.00.0000/MG e MS nº 370-82.2014.6.00.0000/MG. Contudo, a decisão costumeiramente citada é a do

Eleitoral acolheu a tese proposta pelo relator e modificou sua jurisprudência, passando a exigir a formação de litisconsórcio passivo necessário nas demandas ajuizadas com fundamento em atos de abuso de poder¹⁴⁸. Houve a designação de relator designado em razão do encerramento do mandato do relator originário.

Também se fixou que o novel entendimento, por romper com a jurisprudência do TSE, produziria efeitos a partir das eleições de 2016, vindo a tese ser acolhida e aplicada por diversos Tribunais Regionais Eleitorais. Colhe-se da decisão que houve:

Recurso Especial Eleitoral. Disponível em <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/127231>. Acesso em 15 mar. 21.

¹⁴⁸ Colhe-se da fundamentação do voto condutor: Penso, todavia, que a matéria merece maior reflexão.

Esta Corte Superior, ao abordar essa mesma matéria nas representações por condutas vedadas (art. 73 da Lei 9.504/97), decidiu a partir do julgamento do RO 1696-771RR em 29.11.2011 que "o agente público, tido como responsável pela prática da conduta vedada, é litisconsorte passivo necessário em representação proposta contra os eventuais beneficiários".

Segundo o i. Ministro Arnaldo Versiani, relator, essa conclusão decorre inicialmente da leitura dos §§ 4º e 8º do art. 73 da Lei 9.504/976, os quais dispõem que o agente público responsável pela conduta vedada estará sujeito à sanção de multa. Nesse contexto, consignou Sua Excelência que, sendo expressa a previsão de sanção em desfavor do agente público, e não tendo os candidatos nada praticado, não haveria sentido em não citá-lo para compor o polo passivo da ação.

Acrescentou, ainda, que em hipóteses como essas o autor da conduta supostamente vedada não poderia sequer se defender dos fatos a ele imputados e que "ficaria o beneficiário lo candidato] na estranha posição de ter que defender a conduta, ou sustentar não ser ela vedada, apesar de não ser o responsável pela sua prática".

Desse modo, concluiu ser aplicável àquele caso o disposto no art. 47 do CPC, segundo o qual "há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo".

Confira-se, no ponto, o voto do i. Ministro Arnaldo Versiani no RO 1696-771RR:

[...]

A meu ver, com as vênias dos que entenderem em sentido contrário, não há justificativa plausível para a distinção atualmente existente, qual seja, exigir-se nas representações por conduta vedada que o agente público seja citado e, noutro passo, não se ter essa mesma obrigatoriedade nas ações de investigação judicial eleitoral.

Enquanto os já citados §§ 4º e 8º do art. 73 da Lei 9.504/97 prevêem multa ao agente público responsável pela conduta vedada, o inciso XIV do art. 22 da LC 64/90 dispõe expressamente que "julgada procedente a representação, F...I o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes [...]". Em outras palavras, assim como nos §§ 4º e 8º do art. 73 é fixada sanção ao autor do ilícito que não o candidato (vindo este a ser o mero beneficiário), no inciso XIV do art. 22 essa distinção também ocorre, estabelecendo-se sanção a quem comete o ilícito em benefício do postulante a cargo eletivo.

Desse modo, diante da identidade de situações e, considerando que no caso dos autos o TRE/MG assentou que o prefeito e o vice-prefeito de Jampruca/MG foram meros beneficiários da conduta, o responsável pela prática do suposto ilícito deveria ter sido citado.

Entendo, contudo, que essa nova orientação deve ser aplicada apenas a partir das Eleições 20168, em observância ao princípio da segurança jurídica, implicitamente previsto no art. 16 da CF/889.

A viragem jurisprudencial" relativa à necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre o responsável pela prática ilícita e o candidato beneficiário da conduta nas ações de investigação judicial eleitoral não se aplica aos casos atinentes ao prélio eleitoral de 2012. É que o art. 16 da Lei Fundamental desautoriza a mudança de entendimento, até então remansoso, no mesmo pleito. Para as eleições de 2016, revela-se imperiosa a mudança.

Passado o tempo e aplicado o precedente mencionado, o Tribunal Superior Eleitoral foi chamado a debater, como mérito do recurso, a extinção de ação de investigação judicial eleitoral – AIJE, em razão da decadência constatada pela falta de observância do litisconsórcio passivo necessário em ações calcadas em atos de abuso de poder, porém, agora, em relação às eleições de 2018.

No julgamento do Recurso Ordinário Eleitoral nº 0603040-10, advindo de Brasília/DF¹⁴⁹, ocorrido em 10.06.2021, o relator fez expressa menção à vexata quaestio, afirmando:

Sobre o tema do litisconsórcio passivo necessário, é de conhecimento desta Corte o entendimento sobre a matéria a partir das Eleições 2016, conforme a tese firmada no REspe nº 843-56/MG (redator para o acórdão Ministro Henrique Neves da Silva). Segundo a jurisprudência, a partir das eleições de 2016, é obrigatória a formação de litisconsórcio passivo entre o autor da conduta apontada como ilícita e o beneficiário nas AIJEs em que se apura a prática de abuso de poder. A questão posta em análise neste momento é se o tema merece ser revisitado por esta Corte para as Eleições 2018 e seguintes, como defendem os recorrentes e a PGE. A resposta, a meu sentir, é afirmativa.

A fundamentação apresenta a evolução histórica da questão e renova o seu enfrentando, vindo a concluir

Assim, como, na AIJE por abuso de poder, as consequências jurídicas para o candidato beneficiário e o autor da conduta ilícita são distintas – enquanto este fica sujeito, exclusivamente, à sanção de inelegibilidade, aquele está sujeito à cassação e à declaração de inelegibilidade, nos termos do art. 22, XIV, da LC nº 64/1990³ –, é forçoso concluir que não se trata de litisconsórcio necessário, mas facultativo.

Inexiste, pois, relação jurídica controvertida entre o candidato beneficiado e o autor da conduta ilícita nas ações de investigação judicial por abuso do poder político.

[...]

Por se tratar do primeiro processo das eleições de 2018 em que discutida essa controvérsia acerca do litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o autor da conduta ilícita, proponho a aplicação imediata do novel entendimento aos processos dessa eleição e seguintes, resguardada, em razão do princípio da segurança jurídica, a aplicação do entendimento superado a pleitos passados.

¹⁴⁹ Disponível em <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1420223>. Acesso em 15 mar. 21.

A composição do TSE em 2015/2016, fixou entendimento pela necessidade de observância de litisconsórcio passivo necessário entre o autor da conduta apontada como ilícita e o beneficiário nas AIJEs em que se apura a prática de abuso de poder, e sua incidência para o pleito eleitoral de 2016 e para os seguintes.

O precedente foi observado e seguido pelas Cortes Regionais, forçando que o Tribunal Superior Eleitoral revisitasse a questão quanto às eleições de 2018. Com uma composição totalmente distinta, a Corte abandonou a tese.

O exemplo indica que a alternância dos integrantes do Tribunal produz efeitos na sua interpretação do Direito Eleitoral, confirmando a preocupação externada pela doutrina. De igual maneira, restam validadas as propostas de Duxbury, quanto à justificação consequentialista aqui debatida, e de Gerhardt, quanto ao tempo de duração do precedente como correlato ao tempo em que o magistrado condutor da decisão ocupa a bancada.

6.3. DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS E SUA OBSERVÂNCIA DAS DECISÕES DO PLENÁRIO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

No âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, é possível que o relator decida o caso monocraticamente, na forma do artigo 36, § 6º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral (RITSE)¹⁵⁰. A permissão concede ao relator a possibilidade de, à luz do entendimento consolidado pelo Plenário do TSE, antecipar a sua aplicação ao caso concreto, favorecendo e economia processual e a celeridade processual.

Há um desenho institucional para a observância de precedentes judiciais. O que se explora, no âmbito desta pesquisa, é a possibilidade, por vezes concretizada, de deturpação dessa arquitetura institucional.

O elemento crucial que serve de fundamento para o exercício dessa faculdade é que o teor da decisão monocrática seja coerente com o posicionamento do órgão colegiado.

Contudo, como informa Zilio (2018, p. 253), *em matéria eleitoral, é possível diagnosticar um indesejado incremento de monocráticas que agridem o compromisso de coerência do sistema judicial*, especialmente ao deixarem de seguir as decisões já tomadas em Plenário pelo Tribunal Superior Eleitoral, inclusive incorrendo em desobediência ao artigo 927,

¹⁵⁰ Art. 36. O presidente do Tribunal Regional proferirá despacho fundamentado, admitindo, ou não, o recurso. [...]

§ 6º O relator negará seguimento a pedido ou recurso intempestivo, manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

inciso V, do Código de Processo Civil. A análise de um exemplo é útil para demonstrar a instabilidade jurídica decorrente desse fenômeno.

Adota-se, como paradigma, um acórdão do Tribunal Superior Eleitoral que promoveu virada jurisprudencial a partir das eleições de 2018, passando a aplicar as restrições impostas à propaganda eleitoral aos atos de pré-campanha, ainda que ausente o pedido explícito de voto, quando esses atos forem veiculados por meio vedado pela legislação no período de campanha eleitoral. Trata-se do Recurso Especial Eleitoral nº 0600227-31.2018.6.17.0000¹⁵¹, acórdão datado de 09/04/2019.

Em apertado resumo, debateu-se nos autos a regularidade de divulgação de atos de pré-campanha em outdoors, especialmente sob o enfoque de que no campo da propaganda eleitoral – que só se inicia após o encerramento da pré-campanha – há expressa vedação de utilização de outdoors. Discutiu-se, enfim, se é lícito utilizar meios de divulgação pessoal na pré-campanha que são proscritos durante a, muito mais regulamentada, campanha eleitoral¹⁵².

A tese jurídica é, em síntese, que durante o período de pré-campanha devem ser aplicadas, por espelhamento, as mesmas restrições que o legislador impôs aos atos regulares de campanha eleitoral, de modo a impedir o desequilíbrio do pleito e a paridade de armas entre todos os participantes das eleições em razão da realização maciça de atos vedados em campanha eleitoral no período de pré-campanha, maculando a fixação dos candidatos e suas propostas no eleitorado.

Após a virada jurisprudencial, o dito precedente foi mencionado mais 14 (catorze) vezes – sendo 12 (doze) decisões em destaque – em decisões do Plenário do Tribunal Superior, no período de 10/04/2019 a 06/05/2021. Realizada a pesquisa por decisões monocráticas, com os mesmos parâmetros, foram encontrados 16 resultados¹⁵³. Justifica-se a data final porque se relaciona com o marco temporal do exemplo a ser examinado.

Diante desses dados, é possível haurir que a viragem jurisprudencial foi acolhida e respeitada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁵¹ Recurso Especial Eleitoral nº 060022731, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 123, Data 01/07/2019. Inteiro teor disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/504400>. Acesso em 25 mar. 2022.

¹⁵² Registre-se que a integralidade do texto normativo que regula a pré-campanha está contida no art. 36-A, da Lei das Eleições e, ao seu turno, os atos de propaganda eleitoral realizados em campanha são regulados pelos artigos 37 a 58-A, do mesmo diploma, tratando de propaganda eleitoral em bens públicos, na imprensa, em redes de rádio e TV, do horário eleitoral gratuito e, não menos importante, de atos de propaganda eleitoral na internet.

¹⁵³ Pesquisa realizada no sítio eletrônico <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoas/jurisprudencia>, informando-se o número do processo no campo “pesquisa livre” (0600227-31) e as datas inicial e final do julgamento.

Colhe-se, nesse sentido, o teor da decisão monocrática proferida nos autos de Recurso Especial Eleitoral nº 0600097-91.2020.6.19.0072, oriundo de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, proferida em 14/04/2021:

O recurso especial não merece prosperar.

In casu, o TRE/RJ assentou que o recorrente praticou propaganda eleitoral antecipada mediante o impulsionamento pago de conteúdo na internet – Facebook e Instagram –, razão pela qual o condenou ao pagamento de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 36, § 3º, da Lei nº 9.504/97.

Por elucidativo, confirmam-se fragmentos do acórdão recorrido:

[...]

Inicialmente, cumpre registrar que o entendimento desta Corte Superior, antes do pleito de 2018, era no sentido de que somente configuraria propaganda eleitoral antecipada ilícita se houvesse pedido explícito de voto, ainda que veiculada por meio proibido em período eleitoral. Confira-se:

[...]

No leading case RESpe nº 0600227-31/PE, de relatoria do Ministro Edson Fachin, DJe de 1º.7.2019, referente ao pleito de 2018, esta Corte Superior mudou seu entendimento para aplicar as restrições impostas à propaganda eleitoral aos atos de pré-campanha, ainda que ausente o pedido explícito de voto, quando esses atos forem veiculados por meio vedado pela legislação no período de campanha eleitoral.

A propósito, confira-se a ementa do julgado:

[...]

Quanto ao caso dos autos, a Corte Regional concluiu que, embora ausente o pedido explícito de voto, o recorrente utilizou meio vedado para a divulgação na internet de publicação com conteúdo eleitoral em período de pré-campanha.

Assentou não ser possível a utilização de página patrocinada com conteúdo eleitoral na internet, com o objetivo de alcançar maior número de seguidores, antes do período de campanha eleitoral.

Sobre o impulsionamento de conteúdos na internet, a Res.-TSE nº 23.610/2019, art. 37, XIV, o define como “o mecanismo ou serviço que, mediante contratação com os provedores de aplicação de internet, potencializem o alcance e a divulgação da informação para atingir usuários que, normalmente, não teriam acesso ao seu conteúdo, incluída entre as formas de impulsionamento a priorização paga de conteúdos resultantes de aplicações de busca na internet, nos termos do art. 26, § 2º, da Lei nº 9.504 /1997”.

O art. 57-C da Lei das Eleições, com redação dada pela Lei nº 13.488/2017, excepciona o impulsionamento eletrônico da vedação à veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet.

Em uma primeira análise, poder-se-ia concluir, equivocadamente, pela possibilidade de utilização dessa ferramenta também em período de pré-campanha, uma vez que permitido em período de campanha.

Ocorre que a parte final do referido artigo admite a contratação de impulsionamento de conteúdo na internet “exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes”, e o art. 57-B da mencionada lei veda a contratação de impulsionamento de conteúdos na internet para veiculação de propaganda eleitoral por pessoa natural. Confira-se o dispositivo:

[...]

Portanto, se o impulsionamento eletrônico contratado por pessoa natural em período de campanha eleitoral é meio vedado, da mesma forma, é vedada a sua contratação por pretensos candidatos no período de pré-campanha.

Saliente-se que “A ressalva de impedimento para utilização do impulsionamento por pessoas naturais está relacionada à necessidade de controle dos gastos de campanha, de modo a possibilitar a fiscalização, pela Justiça Eleitoral, das quantias destinadas por cada candidato” (Rp nº 0600963-23, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, PSESS em 13.9.2018 – grifei).

Logo, a conclusão do acórdão regional não merece reparos.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial, com base no art. 36, § 6º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral.

Observa-se que a decisão monocrática reconhece os dois momentos da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, expõe o momento da viragem jurisprudencial e a aplica ao caso concreto por meio de decisão monocrática, conforme permissão do artigo 36, § 6º, do RITSE e, acrescente-se, em estrita obediência ao artigo 927, inciso V, do Código de Processo Civil.

Interposto o agravo interno, no dia 06/05/2021, o Tribunal Superior Eleitoral o julgou e, por unanimidade de votos, negou-lhe provimento. Colhe-se da fundamentação do voto¹⁵⁴:

Senhor Presidente, eis a fundamentação adotada na decisão agravada, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos:

[...]

De início, e de se destacar que as razões do agravo regimental evidenciam, com algum reforço argumentativo, mera reiteração das teses suscitadas nas razões do recurso especial. Incide, portanto, a Súmula nº 26/TSE.

Ademais, conforme destacado na decisão agravada, o entendimento desta Corte Superior é no sentido da aplicabilidade das restrições impostas à propaganda eleitoral aos atos de pré-campanha, ainda que ausente o pedido explícito de voto quando esses atos forem veiculados por meio vedado pela legislação no período de campanha eleitoral.

No caso dos autos, consta no acórdão regional que, “ainda que inexistente o pedido expresso – como é o caso em que se verifica apenas exposição de plataforma política – configuram propaganda eleitoral extemporânea as veiculações realizadas por meio vedado, subsumindo-se à reprimenda contida no art. 57-C da Lei nº 9.504/97, é dizer, quando efetivadas na Internet, de forma patrocinada” (ID nº 60806538).

Como é cediço, o art. 57-C da Lei das Eleições, com redação dada pela Lei nº 13.488/2017, excepciona o impulsionamento de conteúdo da vedação à veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet.

Ocorre que a parte final do referido artigo admite a contratação de impulsionamento de conteúdo na internet “exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes”, e o art. 57-B, IV, b, da mencionada lei veda a contratação de impulsionamento de conteúdos na internet para veiculação de propaganda eleitoral por pessoa natural.

Desse modo, se o impulsionamento eletrônico contratado por pessoa natural em período de campanha eleitoral é meio vedado, da mesma forma é vedada a sua contratação por pretensos candidatos no período de pré-campanha, caso dos autos.

[...]

Logo, não há reparo a ser feito na solução perfilhada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

A Corte Superior Eleitoral acolheu o voto proposto pelo relator, pela ausência de impugnação aos fundamentos da decisão agravada e, exposto o teor da decisão de mérito, não lhe foi feita objeção pela bancada. Até esse ponto do exemplo, o Tribunal Superior Eleitoral atrai para si o respeito que comanda a observância de suas decisões.

¹⁵⁴ RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 060009791, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 95, Data 26/05/2021, Página 0. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1417261>. Acesso em 15 mar. 21.

Porém, de modo quase concomitante, no dia 20/04/2021, foi proferida decisão monocrática nos autos nº 0600079-64.2020.6.17.0092, cuja origem é o Município de Garanhuns, no Estado de Pernambuco. Sua matéria de fundo é análoga à da primeira decisão monocrática. Contudo, seu teor é diametralmente oposto.

Para as Eleições 2018, o TSE reafirmou seu entendimento de que a referência à candidatura e a promoção pessoal dos pré-candidatos, desde que não haja pedido explícito de voto, não configuram propaganda extemporânea, nos termos da nova redação dada ao art. 36-A pela Lei 13.165/2015. Nessa linha: RP 0601143-73, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 20/3/2018; AgR-REspe 12-06/PE, Rel. Min. ADMAR GONZAGA, DJe 16/8/2017; AgR-AI 0600389-26/PE, Rel. Min. SERGIO BANHOS, DJe de 1/7/2020.

Por outro lado, "a regra permissiva do art. 36-A da Lei das Eleições não legitima, no período de pré-campanha, a veiculação de propaganda por meios que são proscritos durante o período eleitoral, ainda que não haja pedido explícito de voto. Se a propaganda é ilícita no período permitido, assim também o é no período de pré-campanha, como se deu na espécie" (AgR-REspe 0600046-63, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 16/3/2021).

A partir da transcrição acima percebe-se que o conteúdo publicado pelo Agravado no perfil do Instagram exteriorizou, de fato, a sua pretensa candidatura ao cargo de Prefeito, mas não envolveu pedido explícito de votos, de modo que a mensagem veiculada não resultou contrária ao preceito normativo do art. 36-A da Lei das Eleições.

De outro lado, de se notar que o impulsionamento eletrônico de conteúdos em rede social é admitido no período de campanha, observadas as regras previstas no art. 57-C da Lei 9.504/97. No caso em apreço, de todo modo, o que temos é simples e única publicação, o que revela inexistir lesão à igualdade de chances entre os candidatos.

Sobre a temática envolvendo a igualdade de chances, esta deve ser aferida considerando-se os critérios de "reiteração da conduta", "período de veiculação", "dimensão", "custo", "exploração comercial", "impacto social" e a "abrangência", conforme assentado pelo colegiado desta CORTE no julgamento do AgR-AI 9-24/SP, Rel. Min. TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, DJe de 22/8/2018.

Dessa forma, observa-se que o acórdão do TRE/PE está alinhado com a jurisprudência dessa CORTE SUPERIOR. Incidência da Súmula 30 do TSE.

Salta aos olhos que a decisão monocrática não reconhece a existência da viragem jurisprudencial promovida pelo precedente nº 0600227-31/PE, e que serviu para informar a decisão proferida monocraticamente nos autos nº 0600091-97/RJ.

A matéria de fato é bastante similar – impulsionamento de divulgação na internet de atos de pré-campanha por pessoa física – mas o primeiro relator acolheu a viragem jurisprudencial, o segundo não o fez, ao argumento de que é lícito o impulsionamento de conteúdo na campanha eleitoral sem, contudo, sequer abordar os limites complementares do artigo 57-B, da Lei nº 9.504/97. Ademais, findou a fundamentação invocando razões contidas em decisão anterior à viragem jurisprudencial e que foram por ela superados.

Ao deixar de observar a viragem jurisprudencial, ainda que fosse para dela dissentir e propor uma nova viragem, o relator deixa de cumprir com o dever de integridade do direito – artigo 926, *caput*, do CPC – deixa de observar os aspectos dinâmicos da segurança jurídica e,

como se não fosse tudo isso suficiente não aplica o comando contido no artigo 927, inciso V, do CPC, vindo a prejudicar, na linha ora defendida, a credibilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral e a sua observância por TREs e juízes eleitorais.

Apresentado o respectivo agravo interno, o seu julgamento ocorreu em 10.08.2021, e o Tribunal Superior Eleitoral, já com nova composição – encerrou-se o mandato do relator do feito nº 0600091-97, assumindo o novo titular – julgou-o igualmente improcedente, constando na fundamentação de seu voto¹⁵⁵:

Os argumentos apresentados pelo Agravante não são capazes de conduzir à reforma da decisão agravada.

[...]

No conteúdo publicado, o Agravado exteriorizou, de fato, a sua pretensa candidatura ao cargo de Prefeito, mas não envolveu pedido explícito de votos ou mesmo a utilização de quaisquer das assim consideradas “palavras mágicas”, de modo que a mensagem veiculada não resultou contrária ao preceito normativo do art. 36-A da Lei das Eleições.

Como tenho assentado de forma reiterada, a norma deve ser interpretada de forma lógica e coerente com os demais preceitos constitucionais e legais, levando-se em conta ainda o seu sentido teleológico.

No caso específico dos autos, consta expressamente do acórdão regional que se trata de apenas uma publicação, circunstância que afora outros elementos, não tem o condão de tornar ilícito o conteúdo impugnado, especialmente pela inaptidão em ofender o princípio da igualdade de chances.

Com o devido respeito às compreensões contrárias, o disposto no art. 57-C deve ser interpretado de maneira consentânea ao arcabouço normativo previsto na Lei das Eleições. Se a partir da alteração legislativa mencionada a regra passou a ser a possibilidade do diálogo entre pré-candidato e convencionais ou eleitorado, com as limitações que visam preservar o equilíbrio de chances e a paridade de armas, aqui não temos ilícito qualquer a punir.

O impulsionamento pago não é meio proscrito em campanha.

Em casos específicos como o dos autos, em que não caracterizada propaganda antecipada e a veiculação é restrita a página do pré-candidato, tampouco poderia ser considerado ilícito ou apenado de qualquer modo, pois a literalidade do dispositivo legal que restringe a utilização de tal expediente quando contratado por parte de “partidos, coligações e candidatos e seus representantes” refere-se ao período de campanha, mas não impede peremptoriamente a utilização deste expediente de forma restrita para simples exteriorização de ideias em período pré-eleitoral.

[...]

Finalmente alerto que tanto o AgR-REspe 060009791, de relatoria do Ministro TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, DJE de 26.5.2021, quanto à Cta 060120511, de relatoria do Ministro SÉRGIO BANHOS, DJE de 15.10.2020, julgamentos os quais participei, não servem a nortear o presente caso pois no primeiro precedente, o fundamento principal ao desprovimento do recurso foi a incidência da Súmula 26 do TSE, acrescentado apenas como obiter dictum a questão do art. 57-C da Lei 9.504/1997. Já no segundo precedente, a consulta sequer foi conhecida, oportunidade inclusive em que fiquei vencido no ponto.

Registre-se que a votação se deu por maioria de votos, colhendo-se apenas 1 voto vencido defendendo a manutenção da racionalidade constante no julgamento dos autos nº

¹⁵⁵ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 060007964, Acórdão, Relator(a) Min. Alexandre de Moraes, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 206, Data 09/11/2021. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1783762>. Acesso em 15 mar. 21.

0600227-31/PE e reproduzida no acórdão proferido no julgamento do feito nº 0600097-91/RJ. Anote-se, no mais, que quatro integrantes da bancada¹⁵⁶ votaram por negar provimento a ambos os agravos internos.

Sem adentrar ao acerto ou desacerto do mérito da decisão colegiada, a maioria dos votantes não se atentou para o fato de que deixaram de dialogar, para observar ou divergir, com o precedente que serviu de amparo ao julgamento dos autos nº 0600097-91/RJ, não sendo apenas esse o paradigma de julgamento, como anotado ao final do voto.

Ao final, o Tribunal Superior Eleitoral produziu, no espaço de 5 (cinco) meses, duas decisões monocráticas e seus respectivos acórdãos em agravos regimentais, que adotaram fundamentações distintas para situações fáticas análogas, apesar de existente um precedente naquela Corte que informava a *ratio decidendi* para aquela *fattispecie*.

Esse contexto não contribui para que a magistratura eleitoral reconheça que o Tribunal Superior Eleitoral acede aos seus próprios precedentes, como determina o artigo 927, inciso V, do Código de Processo Civil e, por igual, não serve de estímulo para que tais decisões sejam observadas em outras instâncias.

Como observam Machado e Borges (2012, p. 62) *[a] composição dinâmica dos Tribunais Eleitorais, aliada a um sistema que não respeita os próprios precedentes, torna ainda mais fértil o terreno para o surgimento de litígios e a geração de insegurança e desigualdade*, no que ecoam o alerta de Marinoni (2019b, p. 91), *a mesma lógica que impõe o respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores, exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem as suas decisões*.

Visto o exemplo sob o prisma do acesso à justiça, o desenrolar dos julgamentos poderia trazer dúvidas e incertezas ao operador do direito que necessita de conhecimento substancial para a defesa dos interesses de seus constituintes.

Sequer se pode amenizar o prejuízo imposto ao acesso à ordem jurídica justa ao argumento temporal, de impossibilidade de ocorrer ato de pré-campanha em meados de 2021 que desafie o pronto ajuizamento de representação eleitoral, haja vista que poderia haver uma pessoa que se proclame pré-candidato – e no Brasil isso é possível de ocorrer a partir de 1º de janeiro do primeiro ano do mandato, seja essa pessoa o incumbente ou seu adversário – e o conceito de ato de pré-campanha não contempla uma baliza temporal que a limite aos meses que antecedem a campanha eleitoral.

¹⁵⁶ Excluiu-se o relator do agravo interno, o voto divergente e o Ministro que não participou da votação anterior.

6.4. DO ARTIGO 16-A, DA LEI Nº 9.504/97, EM DESPRESTÍGIO ÀS DECISÕES DAS CORTES SUPERIORES

Já se tratou de problemas pinçados da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Justiça Eleitoral e da verificação da compatibilidade sistêmica das normas processuais civil, dos efeitos na produção jurisprudencial eleitoral em razão da temporariedade certa dos mandatos dos magistrados eleitorais, da atuação dos Ministros por meio de decisões monocráticas em desacordo com as decisões do colegiado do Tribunal Superior Eleitoral e, também, do que se denominou de cadeia de romances.

Há um último ponto que se entende necessário colocar sob escrutínio, referente ao cotejo entre o caráter transindividual do exercício da capacidade eleitoral passiva com os efeitos do artigo 16-A, da Lei das Eleições, e os reflexos dessa racionalidade em contraste com a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

De proêmio, cumpre averbar o teor do mencionado dispositivo legal:

Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Parágrafo único. O cômputo, para o respectivo partido ou coligação, dos votos atribuídos ao candidato cujo registro esteja sub judice no dia da eleição fica condicionado ao deferimento do registro do candidato. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

O seu campo de incidência é o registro de candidatura, mais especificamente aqueles que sofrem alguma forma de impugnação, seja pelo Ministério Público Eleitoral, pelo adversário político ou, ainda, porque o Juízo Eleitoral constatou alguma irregularidade na documentação apresentada que desafia reparos para permitir o deferimento da pretensão eleitoral.

A disposição normativa indica, como assenta Coneglian (2016, p. 152) a inclusão no texto legal daquilo *que a jurisprudência já tinha consagrado: um candidato impugnado pode promover todos os atos de sua campanha enquanto seu pedido de registro estiver sub judice*, vindo em complemento a constatação de Castro (2020, p. 195) de que o *caput* do artigo teve o *nítido propósito de apenas positivar o efeito suspensivo com que o recurso ofertado pelo candidato indeferido deve ser recebido, para possibilitar a ele continuar com sua campanha e ter seu nome e foto na urna eletrônica.*

A expressão *sub judice* abarca os registros de candidatura que, no dia das eleições, estão indeferidos judicialmente e pendente o julgamento do recurso eleitoral respectivo, ao qual, como lembram Jorge, Liberato e Rodrigues (2020, p. 619) o *art. 16-A da Lei nº 9.504/97 atribui efeito suspensivo ope legis*. Castro (2020, p. 195-196) recorda que a expressão *não está se dirigindo àquele que tem registro admitido, mas que aguarda decisão final em recurso ofertado por qualquer legitimado, porque não faria qualquer sentido a lei garantir o óbvio, ou seja, a continuidade da campanha daquele que tem o registro deferido*.

É inegável o intuito do legislador de promover a proteção da esfera subjetiva do cidadão que se apresenta como candidato ao cargo eletivo.

A questão, porém, não mais admite contenção a estes termos, devendo ser inserida em debate mais amplo, que envolve a pretensão da candidatura no seio de uma determinada comunidade.

Para tanto, o anteparo adotado é a compreensão sobre a natureza transindividual do direito de exercer a capacidade eleitoral passiva, ou seja, de se lançar candidato e receber votos. Nesse sentido, pontua Zilio (2020, p. 605) que *todos têm interesse de zelo no processo de escolha de seus mandatários, na medida em que a representação política sempre deve ser exercida em benefício do bem comum*. A compreensão de Costa (2016, p. 305) segue a mesma vereda ao reconhecer o *evidente interesse coletivo e transindividual* nas eleições.

Nessa medida, colhe-se a defesa de Jorge, Liberato e Rodrigues (2020, p. 517) de que o *direito de ser votado passou a ser visto como o direito de participar de um processo eleitoral probo, diminuindo-se a confusão entre o direito de participar da eleição com o direito ao devido processo eleitoral*.

Constata-se uma mudança no prisma utilizado para a compreensão do requerimento de registro de candidatura. Não mais se o compreende como exercício de um direito fundamental individual isolado e contido na esfera de direitos do candidato. A proposta doutrinária, que se defende válida, é de que esse direito individual está inserido em direito transindividual de toda a sociedade de que apenas participem do processo eleitoral os cidadãos que preenchem todos os requisitos legais para o exercício do *ius honorum*.

A proposição de Jorge, Liberato e Rodrigues (2020, p. 517) é unívoca: *não há dúvidas de que o direito de votar e o de ser votado são direito individuais, dúvidas também não pode haver de que o direito ao devido processo eleitoral é um direito de natureza coletiva*.

Em arremate, a lição, sempre atual, de Rocha (1996, p. 390) é certa em dimensionar o papel da Justiça Eleitoral como mediadora entre os interesses particulares e de toda a

sociedade: *Todas as atuações da Justiça Eleitoral são sociais e não pessoais ou particulares. Porque nunca apenas um eleitor é enganado, senão todos os cidadãos da República, na qual se veja prevalecer a imoralidade eleitoral e o engano no resultado.*

Mesmo diante dessa defensável posição doutrinária, o legislador pátrio conferiu uma especial aura de proteção presumida ao direito subjetivo do cidadão de exercer o *ius honorum*, por meio do mencionado artigo 16-A, da Lei nº 9.504/97.

É no ponto de contato áspero entre os interesses da sociedade brasileira e dos cidadãos que almejam galgar cargos eletivos que se explora as dificuldades quanto ao sistema de precedentes judiciais vinculantes no âmbito da Justiça Eleitoral.

Exploremos, para tanto, o seguinte cenário teórico.

No Município de Londrina/PR, o Juízo eleitoral profere decisão, em estrita observância aos precedentes judiciais estáveis do Tribunal Superior Eleitoral, e indefer o registro de candidatura. Os recursos eleitorais que almejam o deferimento do registro, nesse caso contemplam previsibilidade de insucesso em razão de defenderem compreensão jurídica em descompasso com o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral. Contudo, ainda que se reconheça o acerto da decisão originária, ela não terá produzido efeitos e terá permitido ao candidato praticar todos os atos de campanha.

Assim, indaga-se qual o prejuízo que pode sofrer o candidato em recorrer? A resposta é nenhum.

O recurso lhe permitiu fruir da integralidade da condição de candidato, em situação de perpetuação anômala dos efeitos do requerimento de registro de candidatura, definida por Jorge, Liberato e Rodrigues (2020, p. 615) como *espécie de tutela antecipada ex lege (art. 296 do CPC/15), em que o simples ajuizamento desta demanda, ainda que de jurisdição voluntária, produz quase todos os efeitos decorrentes do deferimento do registro ao final.*

É possível derivar, desse cenário, três possibilidades.

Na primeira, o Tribunal Superior Eleitoral altera sua jurisprudência e defere o registro de candidatura, colhendo o candidato frutos positivos do desafio ao sistema de precedentes judiciais.

A segunda possibilidade assume que, ao final, o registro de candidatura é julgado indeferido e o candidato se encontra derrotado nas urnas, mantida a posição jurisprudencial já trazida à lume na sentença originária, ainda assim ele fruiu de toda a exposição da campanha eleitoral, do acesso ao horário eleitoral gratuito, cuja contraprestação financeira é da União, além de poder aferir, ao final, sua receptividade eleitoral, adquirindo conhecimento inestimável

sobre a população daquela circunscrição eleitoral que lhe permitirá mensurar eventuais focos de resistência e bandeiras políticas bem aceitas.

A derradeira possibilidade acolhe como premissas o indeferimento do registro de candidatura e o sucesso do candidato nas urnas. Além de colher os benefícios da segunda situação, dividem-se as consequências do sucesso eleitoral conforme o sistema de votação que informa o cargo disputado.

Se o candidato recorrente disputou um cargo elegível pelo sistema majoritário, haverá a anulação das eleições e a renovação do pleito, na forma do artigo 224, § 3^{o157}, do Código Eleitoral, situação que prejudica a população pela instabilidade na condução da Administração Pública e, de modo indireto, retira do próximo eleito uma fração do tempo certo do mandato, sendo inegável o prejuízo imposto à sociedade pela alternância da titularidade do cargo, embora, reforce-se, o candidato não sofre prejuízos, ao contrário, exerce o cargo enquanto aguarda a confirmação do indeferimento de seu registro de candidatura.

Se o cargo foi disputado pelo sistema proporcional, e assumido o indeferimento do registro de candidatura desde o momento inicial, os votos não serão contabilizados para o partido, como determina o artigo 175, §§ 3^o e 4^{o158}, do Código Eleitoral, e será necessária a retotalização da votação, podendo ocasionar mudanças na composição do Poder Legislativo daquela circunscrição. De igual forma, o impacto mais sensível é sofrido pela sociedade, não pelo candidato que usufrui do cargo enquanto aguarda a decisão de seu recurso contrário ao entendimento jurídico dominante.

Nas últimas duas possibilidades, ainda que se proteja o interesse do cidadão em ser candidato, há potenciais prejuízos à toda a sociedade envolvida naquela disputa eleitoral e um inegável desprestígio aos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, cuja observância, ou não, é irrelevante para a produção de efeitos concretos que prestigiem a segurança jurídica e a previsibilidade das condutas dos candidatos, além de permitir que o cidadão que recorre contra

¹⁵⁷ Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

[...]

§ 3^o A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

¹⁵⁸ Art. 175. Serão nulas as cédulas:

[...]

§ 3^o Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

§ 4^o O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

o entendimento do direito fixado nas instâncias superiores possa auferir vantagens em assim agindo. Há, no ponto, uma obtenção indevida de vantagens eleitorais pela exploração do sistema em contrariedade a um sistema de precedentes.

Ainda que a pretensão individual do candidato seja acolhida pela modificação da linha de compreensão do Tribunal Superior Eleitoral, o prejuízo ao sistema de precedentes revelar-se-ia na forma como superado o precedente, especialmente se verificado pelo rompimento da evolução coerente das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, como exposto acima. Caso observada a segurança jurídica, no seu aspecto dinâmico intertemporal e a integridade do Direito, não haveria prejuízo.

Percebe-se, enfim, que o artigo 16-A, da Lei nº 9.504/97, confere uma supremacia ao interesse particular do cidadão em contraposição com a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais eleitorais, subvertendo a lógica, ao que se compreende nesse estudo, de que um modelo de precedentes judiciais opera em favor de toda a sociedade, especialmente porque há conferência de direitos individuais em discordância com a linha de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral e a entrega de benefícios e vantagens eleitorais a quem age em desacordo com as decisões judiciais.

6.5. A QUESTÃO DA JUSTIÇA NO CASO CONCRETO

Sabe-se que uma das funções primordiais atribuídas aos Tribunais Superiores pela Constituição Federal é de uniformização da compreensão e aplicação da lei federal. Em leitura mais apressada, cogitar-se-ia que se trata apenas de uma das muitas competências recursais dessas Cortes.

Dentro de uma perspectiva informada por um sistema de precedentes judiciais obrigatórios na Justiça Eleitoral, conforme as balizas já expostas, essa competência se apresenta em duas dimensões.

A primeira delas consiste nas hipóteses de julgamentos originários do Tribunal Superior Eleitoral e retrata o dever de analisar o conjunto probatório e lhe definir as consequências jurídicas com integridade e coerência com o ordenamento jurídico e com a jurisprudência, atendendo ao comando contido no artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil.

A segunda, de mais fácil reconhecimento, está na adjudicação judicial coerente da lei federal que, em tese, falhou em ser corretamente aplicada pela Corte Regional e, nessa perspectiva, a manutenção de um padrão de jurisprudência uniforme, íntegro e coerente, serve como sustentáculo para a eficácia vinculante vertical dos precedentes obrigatórios.

Contudo, o Tribunal Superior Eleitoral, ao desempenhar essa dúplice função, incorre em malferimento de sua jurisprudência com o objetivo de realizar justiça no caso concreto, ainda que para tanto lhe seja necessário deixar de cumprir a Constituição Federal ou mesmo a lei federal.

Analisa-se, separadamente, cada uma dessas dimensões.

6.5.1. A justiça no caso concreto em competência originária

Há duas espécies processuais de competência originária do Tribunal Superior Eleitoral que exigem uma verticalização aguda sobre o conjunto probatório para a formação de uma moldura fática sobre a qual será aplicada a legislação: as prestações de contas de partidos políticos relativas aos exercícios financeiros, conforme determinação do artigo 17, inciso III, da Constituição Federal¹⁵⁹, e as ações nas quais se debate a existência de justa causa para desfiliação partidária sem a perda de mandato eletivo, ambas previstas na Resolução TSE nº 22.610/2007¹⁶⁰.

Explora-se uma sequência de decisões que tratam da existência, ou não, de justa causa para a desfiliação partidária sem a perda do mandato eletivo, em razão da votação dos parlamentares a favor da Emenda Constitucional nº 06/2019¹⁶¹, em sentido oposto ao determinado pela respectiva direção partidária.

No dia 13/04/2021 ocorreram dois julgamentos no Tribunal Superior Eleitoral que, defende-se, revelam que o caso concreto serve como gatilho para a superação do conjunto normativo posto, de modo a se realizar a justiça no caso concreto.

O primeiro julgamento foi na Petição nº 0600641-66.2019.6.00.0000¹⁶², determinado filiado ao Partido Socialista Brasileiro – PSB sustentou sofrer grave discriminação pessoal em

¹⁵⁹ Art. 17. *Omissis*.

[...]

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

¹⁶⁰ Embora o núcleo da discussão seja o mesmo – a existência de justa causa para a desfiliação partidária – há duas modalidades de demanda, com efeito dúplice: i) a ação proposta pelo partido contra o eleito que se desfilia da legenda e tem como objetivo recuperar o exercício do mandato eletivo (art. 1º, *caput*, da Res.-TSE nº 22.610/2007); ii) a ação declaratória proposta pelo detentor do mandato eletivo antes de se desfiliar, ou mesmo depois de se desfiliar, para ver reconhecida a justa causa e permanecer no exercício do mandato (art. 1º, § 3º, da mencionada Resolução). O exemplo examinado consiste em demandas declaratórias de existência de justa causa para a desfiliação partidária ajuizadas antes da desfiliação em si.

¹⁶¹ A EC nº 06/2019 tratava da Reforma da Previdência Social, apresentada pelo Poder Executivo em 20.02.2019 e transformada na Emenda Constitucional nº 103/2019 em 12.11.2019, sendo publicada no Diário Oficial da União em 13.11.2019, p. 1, coluna 1.

¹⁶² Petição nº 060064166, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto, Relator(a) designado(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 83, Data 10/05/2021, Página 0. Disponível em <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1415168>. Acesso em 17 mar 2022.

razão de ter votado favoravelmente à Proposta de Emenda à Constituição nº 06/2019, apesar de existir Resolução partidária determinando o voto em sentido contrário à modificação da Constituição Federal.

De forma a corroborar sua conduta, o filiado argumentou que integra movimento suprapartidário denominado Acredito, e que esse movimento teria firmado um acordo com o PSB no sentido de que o “*PSB se compromete a respeitar as autonomias política e de funcionamento do ACREDITO, bem como a identidade do movimento e de seus representantes*”.

O voto vencido apresentado pelo relator tratou da questão do pacto suprapartidário afirmando

Poder-se-ia, quando muito, questionar eventual descumprimento da carta-compromisso firmada, mas não é possível construir o raciocínio de que houve a assunção de um pacto entre o partido e o Movimento Acredito e que, pelo alegado descumprimento desse pacto, com sanção aplicada ao parlamentar, estaria a agremiação perseguindo ou discriminando o autor.

O voto que se confirmou vencedor endereça a questão sob um prisma distinto, fixando a seguinte premissa em sua fundamentação:

25. Desse modo, o funcionamento dos partidos políticos e suas relações com filiados e eleitores têm como ponto de partida o estatuto. Porém, o que não me parece correto é concluir que seja esta a única via de exercício da autorregulação dos partidos políticos. Não vejo, portanto, como extrair do art. 17, § 1º, da Constituição uma leitura que exclua a possibilidade de as agremiações firmarem acordos com os movimentos cívicos apartidários que excepcionem a incidência de regras estatutárias. Evidentemente, as obrigações assumidas devem ser compatíveis com as normas constitucionais e legais que regem os partidos políticos.

26. A premissa, portanto, é que está no âmbito da autonomia do partido político definir se será mais ou menos permeável aos movimentos cívicos apartidários. Não há impedimento, inclusive, a que o partido faça concessões quanto à aplicação da disciplina estatutária, como forma de atrair promissores pré-candidatos para seus quadros de filiados.

A aplicação dessa premissa ao caso concreto produziu a seguinte racionalidade:

30. Da análise do documento, constato que o PSB optou por se mostrar permeável ao Acredito, o que refuta a ideia de que os representantes do movimento que decidissem se filiar seriam meramente absorvidos na estrutura partidária como filiados comuns. Conforme se observa, o partido se apresentou aberto às ideias do movimento, vislumbrando que dessa aproximação poderia surgir, até mesmo, a “reinvenção de um modelo partidário”. O esforço em prol da construção de um projeto comum é evidenciado na proposta de formação de grupo de trabalho e, também, na expressa indicação de que seriam assegurados “voz e voto aos integrantes do Acredito nas diversas instâncias do partido”.

31. Portanto, sob a ótica da boa-fé objetiva, criou-se justa expectativa para os filiados arregimentados dentro do movimento de que poderiam contribuir de forma efetiva para a

transformação da agremiação. Trata-se de um diferencial em relação à expectativa de outros cidadãos que ingressam na legenda cientes de que devem aderir a princípios e diretrizes já traçados.

32. Não cabe, aqui, tecer considerações sobre a legitimidade dessa previsão frente a outros filiados. Isso porque, conforme já assinalado, é da Justiça comum a competência para dirimir eventuais conflitos intrapartidários decorrentes da aplicação da carta-compromisso. Porém, no caso dos autos, não há notícia de decisão da Justiça comum invalidando ou suspendendo a vigência das cláusulas firmadas pelo PSB e pelo Movimento Acredito. Além disso, não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre as obrigações assumidas pelo PSB e as normas vigentes que pudesse justificar a intervenção da Justiça Eleitoral sobre o pactuado.

33. Declarada a eficácia da carta-compromisso, é inequívoco que a previsão de respeito à “identidade do movimento e de seus representantes” assinala o reconhecimento, pela agremiação, de que não poderia ser exigida dos filiados arregimentados dentro do Acredito a observância de diretrizes partidárias que colidissem com a pauta do movimento cívico.

Concluiu-se, então, por maioria de votos, que a aplicação uniforme de sanções partidárias aos filiados que votaram a favor da PEC nº 06/2019, sob o pálio do Movimento Acredito, confirmou *que o partido desconsiderou, inteiramente, que havia prometido dispensar tratamento diferenciado ao parlamentar, em atenção a sua condição de integrante do Movimento Acredito.*

Ao final, entendeu-se presente a grave discriminação pessoal e, também, da justa causa para desfiliação partidária, na forma do artigo 22-A, inciso II, da Lei dos Partidos Políticos¹⁶³.

Na mesma sessão de julgamento, agora analisando a Petição nº 0600638-18.2019.6.00.0000¹⁶⁴, a mesma composição da bancada do Tribunal Superior Eleitoral entendeu que não poderia o filiado ao Partido Socialista Brasileiro – PSB deixar de observar Resolução partidária determinando o voto contra a PEC nº 06/2019 e, em razão disso, alegar sofrer grave discriminação pessoal em razão das sanções *interna corporis* que lhe foram impostas pela grei.

Pinça-se, do sétimo voto, que desempatou o julgamento, o nó górdio da questão:

Portanto, e para que não haja nenhuma dúvida, eu abri uma exceção na hipótese de acordo escrito: essa é a regra. Fora isso, vale a decisão do partido, porque eu parto do princípio da autonomia partidária prevista na Constituição e, portanto, o partido tem autonomia para fechar questão e tem autonomia para firmar o termo de compromisso. Se ele optar por firmar um termo de compromisso, o fechamento de questão posterior não pode inobservar o compromisso que foi firmado. Isso me parece uma linha natural e lógica sempre respeitando as posições divergentes. De modo que eu aqui estou me alinhando à posição do relator, neste

¹⁶³ Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliou, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito.

[...]

II - grave discriminação política pessoal;

¹⁶⁴ Petição nº 060063814, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 84, Data 11/05/2021, Página 0). Disponível em <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1415565>. Acesso em 17 mar. 2022.

caso, que me parece ser a correta posição, como regra geral, pedindo todas as vênias aos eminentes colegas que professam entendimento diverso. (Sublinhei).

Julgamento análogo ao primeiro caso ocorreu nos autos da Petição nº 0600637-29.2019.6.00.0000, ocorrido em 25/05/2021¹⁶⁵.

A questão que se coloca é da superação do ordenamento jurídico pátrio, e de sua racionalidade, apenas para se realizar justiça no caso concreto.

Em primeiro plano, em relação à autonomia dos partidos políticos para definirem sua estrutura interna e as regras de disciplina e fidelidade partidária, com assento no artigo 17, § 1º, da Constituição Federal¹⁶⁶, não se encontra, em princípio, óbice à que o estatuto partidário acolha a possibilidade de a grei firmar acordos com movimentos suprapartidários com a finalidade de lhe atrair novos filiados. Contudo, essa é uma decisão que deve ser tomada com observância e respeito às normas estatutárias permissivas dessa espécie de negócio e, mais ainda, de eventuais quóruns e instâncias internas que detenham competência para essa decisão.

Essa análise não foi feita pelo Tribunal Superior Eleitoral, ao menos pela corrente majoritária formada nessa matéria. Ao contrário, houve a exposição de um conjunto de percepções sociológicas quanto à crise de representatividade dos partidos políticos na sociedade brasileira e a necessidade de seu enfrentamento¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Petição nº 060063729, Acórdão, Relator(a) Min. Sérgio Banhos, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 193, Data 20/10/2021. Disponível em <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/1778512>. Acesso em 17 mar. 2022.

¹⁶⁶ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

[...]

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

¹⁶⁷ 18. *A crise de representatividade dos partidos políticos é uma realidade em todo mundo. Mas, no Brasil, essa crise se acentua, porque: (i) a filiação partidária é condição de elegibilidade; (ii) somente podem ser registrados candidatos escolhidos em convenção partidária; (iii) e os partidos, salvo alguns poucos limites como a reserva de gênero, são livres para distribuir os recursos públicos (financeiros e de tempo de propaganda em rádio e televisão) entre seus candidatos e suas candidatas da forma que lhes parecer estrategicamente melhor. Há, portanto, um conjunto de elementos que converge para entregar aos partidos políticos significativo controle das opções que serão apresentadas ao eleitorado.*

19. *Não há dúvidas que o modelo constitucional brasileiro elevou os partidos políticos a principais instituições canalizadoras das correntes político-eleitorais. Com base nesse modelo é que foi a eles reconhecido o direito de conservar o mandato proporcional em caso de desfiliação sem justa causa. Mas, ante a magnitude das prerrogativas eleitorais dessas agremiações, é vital para o regime democrático assegurar que as eleições não se reduzam a uma arena monopolizada pelas legendas, na qual cidadãos (candidatos e eleitores) sejam meros figurantes.*

20. *Os movimentos cívicos apartidários voltados para a formação de potenciais candidatos constituem fenômeno recente que oferece um contrabalanceamento das forças partidárias. Sua atuação política se difere da*

Sem o cumprimento do ônus argumentativo, o que se extrai da decisão é a conclusão da importância social dos movimentos suprapartidários e de não se lhes tolher a formação e o exercício. Porém, repise-se, não se detecta o respeito pela autonomia partidária, com status de norma constitucional, ao se determinar que qualquer acordo pode emendar e dispor sobre as regras internas, especialmente de disciplina e fidelidade partidária.

Um segundo elemento que carece, de maior esclarecimento argumentativo, é a possibilidade de se ter graus distintos de fidelidade partidária, criando-se classes distintas de filiados em desacordo, no mínimo em tese, com a garantia constitucional da isonomia (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal).

Não houve o escrutínio e ponderação das normas jurídicas para se concluir pelo afastamento da garantia de isonomia em razão de um acordo suprapartidário que, sequer, se sabe se é aceito pelo estatuto partidário ou, ainda que o seja, se houve observância dos procedimentos partidários necessários para tanto.

O terceiro ponto que se busca ressaltar é a exigência de que o acordo seja escrito. Não há uma distinção suficiente entre um acordo feito verbalmente, e do qual não há dúvidas entre as partes, e um acordo redigido em papel ou meio eletrônico. Ambas as modalidades consistem na pactuação de vontade entre as partes. A distinção existiria no momento de produção de prova

de outros movimentos sociais, porque assume, entre seus principais objetivos, o de capacitar cidadãos para concorrer às eleições. Ao se mostrarem capazes de projetar suas propostas e lideranças na disputa eleitoral a partir de um locus externo ao ambiente partidário, esses movimentos impactam nas estratégias dos partidos políticos, que precisam considerar essa nova variável em seus cálculos eleitorais.

21. Um dos aspectos mais positivos dos movimentos cívicos apartidários é fomentar a reaproximação dos jovens com a política. A renovação dos atores é um dos caminhos para a renovação das práticas, rumo ao aprimoramento da democracia. Uma forma de organização menos tradicional e mais dinâmica é potencialmente mais apta a atrair gerações mais novas para a política e, com isso, contribuir para a superação da crise de representatividade.

22. Por outro lado, é necessário reconhecer que assistimos, ainda, ao estágio inicial da dinâmica pela qual movimentos cívicos apartidários e seus membros se aproximam da cena eleitoral. Há ainda muitas questões em aberto, tais como a forma de financiamento e de transparência dessas entidades que, também, almejam eleger representantes. Seria, por isso, prematuro dizer que já temos elementos para definir como deve se dar a articulação entre os movimentos cívicos e os partidos políticos.

23. Entendo, contudo, que é preciso dar início ao debate sobre o tema, evitando-se uma leitura excessivamente fechada do art. 17, § 1º, da Constituição. Esse dispositivo delega aos estatutos partidários “estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”. A questão que se coloca é se seria o estatuto a única fonte de normas internas para o partido político.

24. O estatuto partidário é a principal forma pela qual os partidos políticos estabelecem regras para sua atuação institucional. As normas estatutárias conferem contornos concretos ao exercício da autonomia partidária, permitindo a filiados e eleitores conhecer, ao menos em linhas gerais, a agenda política da agremiação e dos seus representantes. Ademais, o registro do estatuto no Tribunal Superior Eleitoral é pressuposto para o exercício de prerrogativas constitucionais: participação no processo eleitoral, recebimento de recursos do Fundo Partidário e do FEFC, exercício do direito de antena e exclusividade da denominação, da sigla e dos símbolos dos partidos.

quanto à certeza dos termos pactuados, mas diante da inexistência dessa dúvida, não se sustenta a diferenciação ofertada.

Porém, se observada a questão sob o prisma da justiça no caso concreto, afirmar a validade do pacto escrito entre o Movimento Acredito e o PSB avança a causa de renovação da representatividade dos partidos políticos, ainda que sem espeque em direito posto. Vale dizer, supera-se o direito em favor da justiça no caso concreto.

Em arremate, anote-se que a mesma composição do Tribunal Superior Eleitoral reconheceu, no julgamento da Petição nº 0600643-36.2016.6.00.0000, na mesma sessão do dia 13/04/2021, que o acordo verbal firmado entre o, então, Presidente do PSB e o grupo político de matriz ideológica de direita ao qual pertence o autor da demanda, no qual se lhe teria concedido liberdade de atuação, foi anteparo suficiente para a caracterização de grave discriminação pessoal em razão de votação a favor da PEC nº 06/2019.

Ressalte-se que não se tratou de um trato verbal com um movimento suprapartidário. Como afirma o voto vencido:

O amálgama de antônimos somente se concretizou em razão da atuação do então presidente da legenda, Eduardo Campos.

No ponto, cumpre iluminar a relação existente entre um partido político e seu dirigente.

Do que se extraiu do conjunto probatório, o grupo político ao qual pertence o requerente, bem como aquele integrado pela testemunha Reinhold Stephanes, filiou-se ao PSB por aderir ao projeto pessoal de Eduardo Campos de construção de uma ampla e multifacetada base política nacional para concorrer ao cargo de Presidente da República nas eleições de 2014. Para tanto, empenhou sua palavra para garantir a liberdade de atuação dos novos filiados em troca de alinhamento político.

Cumprir afirmar, de saída, que os partidos políticos não existem para servirem aos interesses particulares e às pretensões políticas de seus dirigentes. Ao contrário, são os dirigentes partidários que existem para capitanear a atuação e projeção das agremiações políticas na sociedade civil e no Estado de Direito Democrático, por meio da sua participação em todos os momentos da vida política da República.

Em razão disso que a peculiar condição constatada no caso concreto não tem o condão de alterar, em qualquer medida, o programa partidário enrustado no estatuto da agremiação política.

Ressalte-se que para a obtenção de tal modificação, seria necessária a observância dos procedimentos e requisitos contidos no próprio estatuto partidário.

Em verdade, o que se extrai da situação fática foi a inobservância do programa partidário do PSB enquanto regido pela batuta de Eduardo Campos.

Durante esse período, a aptidão do então presidente teve o condão de construir um projeto de acesso ao poder que convenceu a legenda a se afastar de seu programa partidário com o objetivo de lograr sucesso no pleito presidencial de 2014.

Para tanto, a grei também consentiu com eventual admissão em seus quadros de pessoas alinhadas a ideologias distintas e opostas, tudo de forma a subsidiar as pretensões políticas daquele certame.

Uma vez mais, o voto de desempate repisa as distinções que já se rechaçou:

Aqui, porém, farei o seguinte distinguishing, na linha do que consta do processo, que foi destacado pelo Ministro Alexandre de Moraes e consta do voto do Ministro Edson Fachin: a de que teria havido um acordo – um compromisso – com Eduardo Campos, que articulava a sua candidatura à Presidência da República, costurou um acordo agregando outros partidos e expandindo a linha do PSB para o campo liberal e a fatalidade impediu essa liderança e o cumprimento do acordo.

Portanto, o distinguishing que faço aqui é acreditar, e penso que, como regra geral, o acordo tem que ser formal. O que eu aqui gostaria de valorizar é o papel desses movimentos cívicos, na linha do Movimento Acredito, porque eu penso que se deve valorizar a fidelidade partidária e acho que o partido tem o direito de fechar questão. Acho ainda, que, se o partido fechar questão, deve haver observância da linha ditada pelo partido, sendo legítimas as sanções proporcionais.

Portanto, eu gostaria de deixar clara a minha posição, que excepcionei por haver um acordo escrito – no caso do Acredito com o PSB – e que aqui estou excepcionando pela fatalidade que impediu o cumprimento do acordo, que os elementos fazem sugerir que efetivamente tenha ocorrido, de aproximação entre o Democratas e o PSB, partidos que têm linhas ideológicas diferentes e, apenas pela postura da candidatura potencial de Eduardo Campos, se fundiram essas pessoas e essas ideias.

Portanto, considero que aqui, tal como no caso do Deputado Felipe Rigoni, havia um acordo, mas não é um acordo vago nem afirmação. Aqui há um elemento plausível, uma candidatura viável à Presidência da República, que uniu polos opostos e que a fatalidade impediu que vingasse.

Portanto, eu aqui registro a minha posição de prestígio e valorização dos partidos e do direito de fechamento da questão, salvo se houver um acordo explícito e, tanto quanto possível, expresso, materializado em documento, como era no caso do Movimento Acredito. (Sublinhei).

Numa hipótese, não se admite acordos verbais. Na outra, admite-se porque uma das partes faleceu e, desse modo, em razão dos elementos que indicam a concretização do pacto, este deve ser validado pela Justiça Eleitoral.

A busca pela justiça no caso concreto, ainda que elogiável, não pode render o magistrado, e as Cortes, cegos ao Direito ou, no mínimo, ao dever de fundamentação exauriente das decisões judiciais.

Nos exemplos postos, não se encontra um pesado ônus argumentativo. Encontra-se uma proposta de remodelação dos partidos políticos e a restrição de sua autonomia na fixação de seus estatutos e das regras de disciplina e fidelidade partidárias, em desacordo com a Constituição Federal, de modo a permitir que o modelo ideal contido na cosmovisão de alguns Ministros do TSE possa se florir ao sol.

Esse padrão de julgamento importa em constrangimento à segurança jurídica por lhe restringir o âmbito de sua incidência, afinal, se as normas jurídicas não são aplicadas quando deveria, ou da forma que deveriam, há natural diminuição da sua credibilidade na sociedade.

A sujeição de todas as questões a um juízo de ponderação, como esposa o neoconstitucionalismo, retira a força das normas jurídicas e, quando operada da forma casuística exposta, impõe à sociedade a sensação de que não há Justiça, mas sim a percepção

individual dos Ministros sobre o que é a justiça no caso concreto, ainda que para tanto seja necessário superar alguns óbices legais.

Não é um padrão de comportamento que se amolde, com facilidade, aos conceitos de integridade e coerência do Direito que, como se defende, servem de fundamentos para a eficácia vertical vinculante de precedentes judiciais na Justiça Eleitoral.

6.5.2. A justiça no caso concreto em competência recursal

No exercício da competência recursal que lhe é atribuída pela Constituição Federal, em especial quanto à hipótese de uniformização da aplicação da lei federal em matéria eleitoral (artigo 121, § 4º, inciso III, da Carta Cidadã), o Tribunal Superior Eleitoral julga recursos especiais eleitorais e, no recorte que se propõe, os apelos nobres em decisões proferidas pelos juízes eleitorais nos processos de requerimento de registro de candidatura de prefeitos e vice-prefeitos.

Apenas de modo a ilustrar o *iter* processual, ambos os registros são processados em conjunto, inclusive julgados em conjunto sem, contudo, importar na formação de litisconsórcio. Como explica Alvim (2016, p. 267) os *RRCs de candidatos majoritários e respectivos vices deverão ser processados e julgados conjuntamente*, ressaltando que *o julgamento será realizado numa única decisão, a qual deverá trazer o exame individualizado de cada um dos componentes [...] os registros serão deferidos se todos os candidatos forem considerados aptos* (ALVIM, 2016, p. 269).

Contra a decisão proferida pelo Juízo Eleitoral, é cabível o manejo de recurso eleitoral, previsto no artigo 258, do Código Eleitoral, e uma vez proferido acórdão, são oponíveis eventuais embargos de declaração e, por fim, o recurso especial eleitoral.

A razão pela qual esses dois registros de candidatura são processados em conjunto é a imposição Constitucional de que a chapa que disputa a eleição local majoritária é indivisível, conforme previsão do artigo 91, do Código Eleitoral¹⁶⁸ e, conforme pontua Zilio (2020, p. 633) *o indeferimento do registro de um dos membros da chapa majoritária tem como consequência o indeferimento do registro de toda a chapa*.

Esse é o pano de fundo para se verticalizar a discussão.

¹⁶⁸ Art. 91. O registro de candidatos a presidente e vice-presidente, governador e vice-governador, ou prefeito e vice-prefeito, far-se-á sempre em chapa única e indivisível, ainda que resulte a indicação de aliança de partidos.

Desde o julgamento dos embargos de declaração no recurso especial eleitoral nº 0000083-53.2016.6.09.0080¹⁶⁹, do município de São Luís dos Montes Belos, no Estado de Goiás, ocorrido em 26/06/2018, o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu um conjunto de parâmetros que, caso presentes, autorizam a cisão da chapa majoritária. Lê-se na ementa descritiva do julgado, no que guarda pertinência com o debate proposto:

ELEIÇÕES 2016. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VICE-PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, L, DA LC Nº 64/90. CONDENAÇÃO. ATO DOLOSO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DANO AO ERÁRIO. OMISSÕES. AUSÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. QUESTÃO DE ORDEM. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA CHAPA MAJORITÁRIA. ART. 91 DO CÓDIGO ELEITORAL E ART. 77, § 1º, DA CF/88. SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATO. ART. 13, CAPUT, DA LEI DAS ELEIÇÕES. LIMITE TEMPORAL. INDEFERIMENTO TARDIO DO REGISTRO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM O DOGMA DA INDIVISIBILIDADE. PEDIDO DA QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDO.

*1. O princípio da unicidade e indivisibilidade das chapas (cognominado também de princípio da irregistrabilidade da chapa incompleta ou insuficientemente formada) ostenta status constitucional, ex vi de seus artigos 77, § 1º, e 28. Em linha de princípio, não se admite, portanto, que apenas um nacional formalize seu registro de candidatura, a qual, juridicamente, fora concebida para ser dúplice ou plúrima (FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. *Novos Paradigmas do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 171-172).*

[...]

5. A impossibilidade do registro de uma chapa majoritária incompleta não deve conduzir, inexoravelmente, à total invalidação dos votos por ela amealhados, sobretudo quando a desarticulação da composição política (i) desponte de uma circunstância superveniente a um deferimento prévio ou inicial (o que gera para a chapa uma expectativa mínima no sentido de que a decisão positiva possa ser restaurada por este Tribunal Superior); (ii) ocorra em momento tardio, impossibilitando a substituição do candidato afetado; e (iii) incida sobre o candidato a Vice, sem a presença de circunstâncias excepcionais que o retirem da condição de mero adjunto no processo de canalização da preferência eleitoral. E não há qualquer heterodoxia nesse raciocínio.

[...]

Anote-se que desde a data do julgamento o Tribunal Superior Eleitoral já operou a cisão da chapa majoritária em 4¹⁷⁰ oportunidades¹⁷¹, o reconheceu como aplicável, embora sem o

¹⁶⁹ Recurso Especial Eleitoral nº 8353, Acórdão, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Relator(a) designado(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Data 14/09/2018. Disponível em <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/300979>. Acesso em 20 mar. 2022.

¹⁷⁰ Recurso Especial Eleitoral nº **060028985**, Acórdão, Relator(a) Min. Mauro Campbell Marques, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 156, Data 24/08/2021; Recurso Especial Eleitoral nº **9309**, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Data 16/08/2019; Recurso Especial Eleitoral nº **060161993**, Acórdão, Relator(a) Min. Og Fernandes, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 16/10/2018. Por fim, em 17.05.2022, houve o julgamento conjunto dos Recursos Especiais Eleitorais nº **060047872** e **060104336**, sem acórdão publicado, nos quais se deferiu a cisão da chapa, produzindo, inclusive, uma matéria jornalística no sítio eletrônico do TSE: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2022/Maio/tse-confirma-possibilidade-de-divisao-de-chapa-em-caso-de-impedimento-de-candidato-a-vice>. Acesso em 21 mai. 2022.

¹⁷¹ Pesquisa conduzida no sítio eletrônico <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>, com os termos “indivisibilidade e chapa”, com data inicial em 26.06.2018 e data final em 01.04.2022, resultando

fazer em razão da conformação dos autos, fática ou processual, em outras 8 ocasiões¹⁷². Ou seja, a questão já voltou ao debate do colegiado por 12 vezes nos últimos 6 anos.

O primeiro aspecto que se entende necessário verticalizar é de que o artigo 91, do Código Eleitoral, contém norma jurídica harmônica com as contidas no artigo 77, §1º, da Constituição Federal, que disciplina a eleição para presidente e vice-presidente da República, ressaltando-se que tanto o artigo 28, *caput*, e 32, § 2º, que trata das eleições de governadores e vice-governadores dos estados e do Distrito Federal, quanto o artigo 29, inciso II, no qual há regramento das eleições de prefeitos e vice-prefeitos, ambos da Constituição Federal, encapsulam previsão de aplicação aos seus objetos do mencionado artigo 77.

Assim, embora a norma do Código Eleitoral seja anterior à nova ordem constitucional nacional, nesta se encontra acolhida e protegida.

Resta saber se é possível a mitigação dessa norma jurídica de modo a favorecer ao cidadão em litígio e, para tanto, cumpre aferir se essa norma é, como a doutrina costuma referir, um princípio ou, como se defende nesse estudo, uma regra.

A distinção entre princípios e regras dentro da proposta de Dworkin, que serve de lastro à verticalização apresentada, e que já foi exposta no capítulo 3, tem um efeito importante dentro do contexto do pós-positivismo/neoconstitucionalismo, já que as regras jurídicas não estão sujeitas ao regime de ponderação¹⁷³ que admite a mitigação da sua aplicação no caso concreto.

A proposição normativa de que a chapa majoritária é única e indivisível (artigo 91, do Código Eleitoral), com a consequência de que a eleição do titular da chapa importará a do vice (artigo 77, § 1º, da CF/88), exprime um padrão voltado à uma exigência de justiça, de equidade ou de outra dimensão da moral?

em 27 resultados. Também se realizou pesquisa com os termos “chapa e majoritária e 83-53”. A filtragem dos resultados está retratada no texto.

¹⁷² Recurso Especial Eleitoral nº **060068797**, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 107, Data 14/06/2021, Página 0; Recurso Especial Eleitoral nº **060020435**, Acórdão, Relator(a) Min. Luis Felipe Salomão, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 61, Data 07/04/2021; Recurso Ordinário nº **060161774**, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 184, Data 15/09/2020, Página 0; Recurso Especial Eleitoral nº **060052529**, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 24, Data 04/02/2020; Recurso Especial Eleitoral nº **060051837**, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 24, Data 04/02/2020; Recurso Especial Eleitoral nº **49803**, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Data 22/08/2019, Página 35-36; Recurso Especial Eleitoral nº **49985**, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Data 22/08/2019, Página 35-36; Recurso Especial Eleitoral nº **27402**, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Data 27/05/2019, Página 39;

¹⁷³ O uso da expressão ponderação está em sintonia com o estudo das 3 características do neoconstitucionalismo conduzido no capítulo 3.

Sustenta-se resposta negativa. Isso porque não se extrai das normas jurídicas elementos suficientes para autorizarem a compreensão de que se trata de um princípio – *o princípio da indivisibilidade da chapa majoritária* – e, ainda que em contrariedade à doutrina consultada, entende-se que, em verdade, a norma analisada encerra uma regra.

Do escrutínio da norma haure-se um contorno fático concreto, de alta densidade semântica e, por consequência, reduzido campo semântico de dúvidas, no qual se retrata a obrigação de que todas as candidaturas aos cargos eleitos pelo sistema majoritário sejam formuladas em chapa única e indivisível. Mais ainda, a norma traz a certeza jurídica de que a eleição do titular da chapa acarreta, importa, significa, produz o resultado jurídico de eleição do candidato a vice.

A conformação normativa não contempla hipóteses em que essas condições podem ser dispensadas em razão da sobreposição de outro valor jurídico. Para se atingir essa ágora, necessitar-se-ia do acréscimo de um elemento de indefinição da *fattispecie* a ser suprido pela interpretação judicial como, por exemplo, a expressão *sempre que possível* ou, ainda, se lhe houvesse expressado um propósito juridicamente protegido, como a garantia de cumprimento das propostas de governo apresentadas em campanha¹⁷⁴.

Inexistentes esses elementos de abertura interpretativa, que permitiriam inclusive um eventual juízo de ponderação, a conclusão é de que se trata de norma destinada a conformar a plurissubjetividade das chapas majoritárias e encerra cautela do legislador em prever uma forma automática de substituição do candidato titular da chapa, nas hipóteses legais, com um mínimo de representatividade eleitoral específica para o cargo.

Ainda que se admita a existência de uma cadeia de sucessão para os cargos de Chefia do Poder Executivo, definida no artigo 80, da Constituição Federal, e aplicada por simetria, no que possível, para governadores e prefeitos, não se deve descuidar que os ocupantes desses cargos não gozam da mesma legitimidade que o Chefe do Poder Executivo e de seu vice, em razão da diferença no sistema de eleição para os cargos do Poder Legislativo e de investidura no Poder Judiciário.

Ademais, a previsibilidade de que o Chefe do Poder Executivo seja substituído por pessoa eleita para outro cargo, ou investida em outro cargo, encerra limitações temporais e o

¹⁷⁴ No ponto, sugere-se a leitura de FACHIN, Luiz Edson; SIMÕES, Francisco Gonçalves. Indivisibilidade da chapa nas eleições majoritárias. *In*: COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de (Coord.). Democracia, Justiça e cidadania: desafios e perspectivas. Homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2020, t.1: Direito eleitoral política e democracia, p. 227-250.

peso de se retirar, do cargo de origem, o sucessor, revelando-se um conjunto de regras de exceção para uma situação jurídica prevista, mas indesejada.

Essas características não lhe conferem o conteúdo que Dworkin atribuiu aos princípios jurídicos. Caso fosse um princípio, poder-se-ia debater um conjunto de hipóteses nas quais a sua dimensão de peso cederia e o afastamento de sua incidência no caso concreto poderia ocorrer. Quiçá, inclusive, antes do registro de candidatura, e não apenas no conjunto de situações propostas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Em contexto hipotético, seria possível postular que a adoção de uma interpretação literal do artigo 16-A, da Lei das Eleições, eventualmente um candidato isolado poderia concorrer na campanha, realizar atos de propaganda e ser eleito. Nessa situação, haveria latitude hermenêutica para se admitir uma redução do peso do “princípio da indivisibilidade da chapa”, mitigando-se a norma, de modo a favorecer o resultado concreto do *ius honorum*?

Defende-se que não. A composição plurissubjetiva da chapa majoritária é condição de conformação jurídica mínima do requerimento de registro de candidatura e sua inobservância não deve acarretar o indeferimento do pleito, atraindo, em princípio, a letra fria do art. 16-A, da Lei das Eleições. Em casos tais, o requerimento não deve ser conhecido, o que sequer inaugura a condição de postulante a candidato.

Contudo, o universo jurídico brasileiro não autoriza a rejeição, de plano, da possibilidade desse acontecimento. As balizas hoje impostas pelo Tribunal Superior Eleitoral não contemplam essa situação, porém, a renovação do exercício de juízos de ponderação e eventual relevância do caso concreto e da proposta social nele contida – como no caso do Movimento Acredito – desautorizam o intérprete a ter a certeza de que essa hipótese não seria plausível.

O desatino do exemplo é suficiente para demonstrar que não se trata de uma norma jurídica que contemple mitigações – redução de seu campo de incidência em razão de valor jurídico ao qual se reconhece maior dimensão de peso no caso concreto, como o *ius honorum* – mas sim de uma regra jurídica cuja obediência encerra a proposição lógica do tudo-ou-nada. Em suma, é uma regra e, como tal, não está sujeita a um juízo de ponderação.

Em verdade, o que se constata é que o Tribunal Superior Eleitoral adota um cotejo entre dois elementos jurídicos distintos. De um lado, o cumprimento das normas atinentes ao registro de candidatura, cujo descumprimento conduz ao indeferimento da pretensão. Do outro, a constatação, posterior ao pleito eleitoral da vitória de quem não cumpriu as exigências legais para participar, em primeiro lugar, da disputa eleitoral.

O cumprimento das normas jurídicas voltadas ao registro de candidatura – de forma simplificada, o preenchimento das condições de elegibilidade e inexistência de causas de inelegibilidade – é uma condição anterior à votação e que condiciona, sob a óptica da lógica material, a própria aptidão de o candidato participar do processo eleitoral.

Nessa exata medida, essa espécie de ponderação se revela falha porque não há ponderação, mas sim a aniquilação da exigência legal de atendimento às normas de conformação do registro de candidatura.

Em maior detalhe, a superação desse momento jurídico em razão do resultado das urnas precisa superar a inadequação lógica de reconhecer que o cidadão que não adimpliu com as normas jurídicas do registro tem o condão de colher, ainda que em favor de seu companheiro de chapa, os frutos jurídicos da campanha eleitoral, conduzida sob o signo do artigo 16-A, da Lei das Eleições, e ao final, em razão da votação obtida, romper o comando normativo do artigo 91, do Código Eleitoral, e dos dispositivos constitucionais que lhe são harmônicos.

Vale dizer, os resultados das urnas são, na visão do Tribunal Superior Eleitoral, suficientes para permitir que o descumprimento das normas do registro de candidatura não produza o efeito jurídico adequado e previsto pelo legislador, apesar da norma contida no artigo 2º, da Constituição Federal.

Nessa senda, e em exercício de *reductio ad absurdum*, o próprio exame da regularidade do requerimento de registro de candidatura restaria pendente de uma condição futura, advinda da vontade popular e não extraída da obediência ao ordenamento jurídico, para o seu ulterior deferimento e eventual aferição das consequências jurídicas do indeferimento. O juízo de ponderação operado sob esse signo não se revela possível, tampouco adequado, em razão do risco de se subverter a própria lógica que informa a exigência de um registro de candidatura.

Para arrematar, conceber essa espécie de juízo de ponderação poderia produzir, em último caso, a igualdade eleitoral passiva entre pessoas que não ombreiam situações jurídicas similares. Se o resultado das urnas encerra o princípio de soberania popular na escolha de quem exercerá o *ius honorum*, tanto os candidatos que preenchem as condições de elegibilidade e que não incorrem em causas de inelegibilidade, como os que não o fazem, estão em igualdade de condições jurídicas para a disputa do voto.

Diante dessas considerações, não se revela aceitável a compreensão de que existe um princípio da indivisibilidade das chapas majoritárias, mas sim de uma regra nesse sentido. Ainda que se possa buscar desvelar um princípio jurídico por detrás de toda regra jurídica, a

favorecer a compreensão do neoconstitucionalismo sobre a aplicação do direito no caso concreto, na *fattispecie* analisada, não há espaço hermenêutico que permita por essa conclusão.

Explorando a ideia de que toda regra jurídica encerra, em seu pano de fundo, um princípio jurídico que autorize o uso da técnica de ponderação de forma indiscriminada, corre-se o risco de se constatar que em um ordenamento jurídico onde todas as normas são princípios jurídicos, então nenhuma norma jurídica é um princípio, já que se torna desnecessária a distinção técnica.

Enfim, o que se constata é que o Tribunal Superior Eleitoral, confrontado com situação fática que entende carente de reparo para produzir a justiça no caso concreto, protegendo o candidato que encabeça a chapa quando seu vice tem o registro indeferido, deixa de realizar um exame técnico-jurídico das normas aplicáveis ao caso concreto e opta por imprimir na realidade a sua compreensão individualizada da justiça.

Assim como se constatou no tópico anterior, o abandono das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, em favor de uma percepção individualizada de justiça, rompe com a execução do papel reservado ao Tribunal Superior Eleitoral no exercício de sua competência recursal, além de constituir um obstáculo à segurança jurídica e à compreensão da uniformidade de sua jurisprudência ou, ainda, da percepção de que esta é íntegra e coerente.

Acrescente-se, ainda, que essa espécie de decisão tem o condão de desautorizar o conhecimento do Direito por parte de seus operadores, causando óbices ao acesso à justiça, compreendido como conhecimento substancial do direito, já que os critérios de justiça no caso concreto não seguem o direito posto e as linhas de entendimento que, em tese, seriam extraídas da jurisprudência e eventuais precedentes em matéria eleitoral.

6.6. MUDANÇAS DE POSICIONAMENTOS – A CADEIA DE ROMANCES

A proposta da cadeia de romances apresentada por Dworkin como uma metáfora da adjudicação judicial dentro da proposta do Direito como integridade adota, como pano de fundo, o panorama jurídico da realidade norte-americana e, no que guarda dissonância com a Justiça Eleitoral brasileira, ressalta-se que a administração das eleições é uma atividade dos Estados federados¹⁷⁵, e não uma atividade centralizada em sub-ramo do Poder Judiciário e com normas uniformes aplicáveis a União, Estados e Municípios, como no Brasil.

¹⁷⁵ <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/elections-and-voting/>

Mesmo a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso de maior repercussão eleitoral do passado recente, Bush x Gore¹⁷⁶, extrai-se a afirmação de que o artigo II, § 1º, cl. 2, da Constituição dos Estados Unidos, confere aos Estados o poder de administrar as eleições, somente vindo aquela Corte a interferir nos procedimentos eleitorais da Flórida para garantir a cláusula de igual tratamento – entendida como aplicável a todos os votos e sua contagem – contida na 14ª Emenda da mencionada Constituição, e somente porque se trata da eleição do único representante eleito de todos os cidadãos daquele país¹⁷⁷.

Não se tem notícia de uma Corte Federal nos Estados Unidos que concentre o julgamento de demandas eleitorais de todos os estados e territórios, incorporados ou não, obstando uma perfeita simetria com a função jurisdicional do Tribunal Superior Eleitoral.

Daí a importância de que o Tribunal Superior Eleitoral, na condição de instância máxima de uniformização da lei federal eleitoral, decida sempre com zelo ao romance em cadeia, servindo de norte seguro para todos os demais julgadores da matéria.

Contudo, o contato com a realidade parece desacreditar que a proposição teórica se assoma verdadeira. Como afirma Roseno (2014, p.90), *a atuação dos tribunais eleitorais brasileiros tem sido marcada por uma inegável alternância de posições, impedindo que se extraia da jurisprudência a construção de linhas interpretativas que primem pela segurança jurídica*. Como se isso não fosse um alerta suficiente da existência de um problema na adoção de precedentes judiciais na Justiça Eleitoral, arremata o autor que:

há, é certo, frequente invocação de precedentes, os quais, porém, alternam com insólita habitualidade sobre temas os mais variados, de modo que não é raro encontrar, na jurisprudência do TSE, correntes majoritárias rigorosamente díspares sobre situações jurídicas semelhantes, a depender da composição da Corte.

Salgado (2010, p. 17), adere à crítica dirigida ao TSE, pois lhe *parece persistir uma prática jurisdicional de construção da regra pelo Poder Judiciário, sem respeito aos precedentes, sem coerência, sem consistência e sem unidade. Uma mistura pragmática (talvez esquizofrênica) entre common law e civil law*.

Segundo Bernardo e Andrade (2016, p. 84) os efeitos dessa condição *sui generis* da atuação da Justiça Eleitoral, especialmente sob o prisma das constantes viragens jurisprudenciais, *subtraíram considerável parcela do efeito persuasivo que os acórdãos do*

¹⁷⁶ Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

¹⁷⁷ A íntegra da decisão, com destaque para o voto concorrente ao da maioria firmado pelos Chief-Justice Rehnquist, Justice Scalia e Justice Thomas, está disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/531bv.pdf>, p. 298-358. Acesso em 20 mar. 2022.

Tribunal Superior Eleitoral deveriam naturalmente ter, estimulando com isso que cada Tribunal Regional buscasse a melhor solução para o caso concreto que se encontrasse sob sua análise.

Já se explorou aquele que a doutrina entende ser o motivo central dessa situação de desordem jurisprudencial, a temporariedade certa dos mandatos, servindo à memória o comentário de Paim (2016, p. 60) de *que tais mudanças jurisprudenciais, muitas vezes, não e dão por mudança de realidade fática ou por mudança de orientação, mas sim, por mudança da composição dos colegiados, realidade muito presente no Direito Eleitoral.*

Analisou-se, ainda, a questão da sucessão dos integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, enquanto titulares, e o objetivo dessa proposta, consistente em se impedir a formação de uma cúpula judicial perenizada que pudesse impor sua vontade sobre a formação do processo eleitoral.

Ao se pensar sobre a metáfora do romance em cadeia à luz tempo dos ciclos eleitorais, onde cada ciclo eleitoral completo, englobando os atos necessários à realização de uma eleição local ou geral, constitui um novo capítulo do romance em cadeia, é possível constatar a mencionada instabilidade jurisprudencial a servir como elemento de enfraquecimento do romance em cadeia.

Já se debulhou a possibilidade de que a Justiça Eleitoral seja terreno fértil para um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, inclusive distinguindo-se o fundamento para as eficácias vinculantes horizontal e vertical. No debulhar do aspecto vertical, apurou-se que: (i) a temporariedade da investidura nos mandatos eleitorais; (ii) a existência de decisões monocráticas dos membros do Tribunal Superior Eleitoral, em desacordo com os posicionamentos do respectivo órgão colegiado; (iii) a legislação eleitoral estimula, ao menos por meio do artigo 16-A, da Lei das Eleições, a inobservância de precedentes eleitorais; e (iv) a valorização emprestada pelo Tribunal Superior Eleitoral à justiça no caso concreto, tanto em competência originária quanto recursal, desvelando-se, desde já a necessidade de maior atenção e zelo para a consolidação, no âmbito eleitoral, de um sistema de precedentes judiciais.

A esses elementos, acrescenta-se a percepção de um fenômeno atípico na jurisprudência eleitoral, interligado à existência de ciclos eleitorais e à limitação temporal dos mandatos, que produz oscilações constantes nos posicionamentos do Tribunal Superior Eleitoral e dá azo, ao final e ao cabo, do que se denomina de *cadeia de romances*.

Traz-se um exemplo à baila.

Tratando-se da incidência da causa de inelegibilidade reflexa contida no artigo 14, § 7º, da Constituição Federal – *São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição* – especificamente nas hipóteses de separação dos cônjuges durante os mandatos, em 10/12/2007, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu consulta nos seguintes termos¹⁷⁸:

*Consulta. Sociedade conjugal. Separação de fato. Primeiro mandato. Divórcio. Segundo mandato. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º, da Constituição Federal.
A ex-esposa do prefeito reeleito separada de fato no curso do primeiro mandato e divorciada no curso do segundo mandato não poderá candidatar-se ao referido cargo majoritário.*

Escorado na formulação da consulta, no ano de 2008, quando em disputa os cargos de Prefeito em todo o território nacional, o TSE julgou o Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 32719, de Águas Lindas de Goiás, no Estado de Goiás, reafirmando: *A separação de fato entre o prefeito e sua mulher, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade da ex-cunhada (art. 14, § 7º da Constituição Federal), ao cargo de vereadora do território da mesma circunscrição eleitoral do chefe do executivo. Precedentes do TSE*¹⁷⁹.

No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal firmou a Súmula Vinculante nº 18, tratando da mesma questão jurídica, assentando o seguinte enunciado: *A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal*¹⁸⁰.

O cunho eleitoral da matéria reverberou nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, vindo a decidir nas eleições de 2012, os autos de agravo regimental em recurso especial eleitoral nº 0000220-77.2012.6.13.0237, de São João do Paraíso, em Minas Gerais, julgado em 27/11/2012, no qual se lê:

RECURSOS ESPECIAIS ELEITORAIS. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE REFLEXA. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EX-CÔNJUGE ELEITO E REELEITO PREFEITO NO MESMO MUNICÍPIO.

¹⁷⁸ Consulta nº 1463, Resolução de, Relator(a) Min. Arnaldo Versiani, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 1, Data 10/12/2007, Página 161.

¹⁷⁹ (Recurso Especial Eleitoral nº 32719, Acórdão, Relator(a) Min. Fernando Gonçalves, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 11/12/2008.

¹⁸⁰ Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-stf/sumula-vinculante-stf-nb0-18>. Acesso em 16 mar. 2022.

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL NO CURSO DO SEGUNDO MANDATO. IRRELEVÂNCIA. PROVIMENTO.

1. O TSE, interpretando sistematicamente o art. 14, §§ 5º e 7º, da CF/88, consignou que o cônjuge e os parentes dos Chefes do Poder Executivo são elegíveis para o mesmo cargo, no período subsequente, desde que os titulares dos mandatos sejam reelegíveis e tenham renunciado ao cargo ou falecido até seis meses antes do pleito. Precedentes.

2. No caso dos autos, considerando que o ex-cônjuge da recorrida não é reelegível para o cargo de prefeito do Município de São João do Paraíso/MG nas Eleições 2012 - por ter sido eleito e exercido o mandato nas duas eleições imediatamente anteriores - a suposta ausência de fraude à lei quanto à dissolução da sociedade conjugal é irrelevante. [...]

Colhe no voto que a recorrida era esposa do prefeito do Município de São João do Paraíso/MG - eleito em 2004 e reeleito em 2008 - e que a dissolução do vínculo conjugal ocorreu em 7/10/2010, por divórcio. Assim, entendeu-se pela aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 18 para o deslinde da questão.

A coerência da linha de julgados se revela, igualmente, em julgamento do mesmo ciclo eleitoral que indicou: *Ocorrendo a separação judicial com decisão transitada em julgado ainda durante o primeiro mandato do prefeito reeleito, não incide a causa de inelegibilidade preconizada no art. 14, § 7º, da Constituição Federal*¹⁸¹.

Em relação ao ciclo eleitoral de 2016, a discussão não foi renovada perante o TSE sob a configuração da separação, mas sim em razão da morte de um dos cônjuges, recebendo tratamento distinto pela diferenciação entre o evento morte e o ato de vontade que rompe o vínculo conjugal.

Observa-se nesse contexto que o TSE manteve uma linha coesa de capítulos a formação de sua jurisprudência quanto à incidência da causa de inelegibilidade prevista no artigo 14, § 7º, da Constituição Federal, nas hipóteses de separação de fato dos cônjuges.

Porém, no ciclo eleitoral de 2020, a orientação sofreu mudança significativa.

Em 11/02/2021, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 0600107-09.2020.6.15.0053¹⁸², originário de Poço Dantas, município do Estado da Paraíba, reafirmou-se a incidência da Súmula Vinculante nº 18, ao caso concreto, no qual a parte afirmou a cessação da convivência familiar em 15/09/2019 e o ajuizamento de divórcio litigioso em janeiro de 2020. Vale dizer, não houve o reconhecimento da separação de fato como apta a afastar a incidência da causa de inelegibilidade reflexa debatida.

¹⁸¹ Recurso Especial Eleitoral nº 19076, Acórdão, Relator(a) Min. Laurita Vaz, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 81, Data 02/05/2013, Página 55/56.

¹⁸² RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 060010709, Acórdão, Relator(a) Min. Luis Felipe Salomão, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 41, Data 08/03/2021.

Em 22/04/2021 cambiou-se o entendimento. Colhe-se do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 0600184-68.2020.6.18.0074¹⁸³, de São Miguel da Baixa Grande, no Estado do Piauí, no qual restou assentado que a dissolução do vínculo conjugal ocorreu, de forma consensual, em 10/02/2020, no curso do segundo mandato do ex-cônjuge, situação que atrairia, em tese, a incidência da causa de inelegibilidade reflexa em razão da Súmula Vinculante nº 18. Contudo, em contraposição, reconheceu que a separação de fato ocorreu em 24/08/2014, antes ainda do primeiro mandato do prefeito.

Em seguida, o relator do feito adere a precedente do Supremo Tribunal Federal anterior à edição da Súmula Vinculante nº 18 (RE 446.999, DJ de 09/09/2005), bem como à resposta concedida pelo Tribunal Superior Eleitoral na consulta nº 964, datada de 27/05/2004, para concluir que a corte de origem reconheceu a ruptura do vínculo conjugal em 24.08.2014, concluindo por afastar a incidência do artigo 14, § 7º, da Constituição Federal e pelo deferimento do requerimento de registro de candidatura.

Observe-se que a fundamentação exposta procura fundamento em julgamento de recurso extraordinário anterior à edição da Súmula Vinculante nº 18, bem como em consulta do Tribunal Superior Eleitoral anterior à mencionada Súmula e que já se encontrava superada por nova consulta. Para além disso, conferiu distinto significado jurídico à separação de fato em relação aos julgados anteriormente expostos, nos quais a dissolução do vínculo conjugal somente se consubstancia, no mundo jurídico, com o divórcio.

Em segundo momento, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 0600127-72.2020.6.10.0074¹⁸⁴, do Município de Lago do Junco, no Maranhão, ocorrido em 01/07/2021, o relator originário apresentou voto assentando que o prefeito daquele se elegera nos pleitos de 2012 e 2016, concluindo seu segundo mandato ao final do ano de 2020. Em maio de 2016, ocorreu a separação de fato, mas o divórcio consensual somente veio a se perfectibilizar em 24/01/2020.

Afirmou, ainda, que a ocorrência ou não da separação de fato do casal não constitui circunstância apta a ilidir a incidência da inelegibilidade reflexa, uma vez que o divórcio somente ocorreu no segundo mandato, atraindo a causa de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal, com fundamento na Súmula Vinculante nº 18.

¹⁸³ RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 060018468, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 84, Data 11/05/2021.

¹⁸⁴ RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 060012772, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Relator(a) designado(a) Min. Alexandre de Moraes, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 174, Data 22/09/2021.

O voto divergente, que se sagrou vencedor, assentou que a separação de fato é suficiente para o afastamento da causa de inelegibilidade debatida, equiparando as consequências práticas da separação de fato às do divórcio.

O debate foi verticalizado, inclusive para a finalidade de se ressaltar a obrigatoriedade de observância da Súmula Vinculante nº 18, que o julgamento que lhe dera origem (RE nº 568.596, que inclusive deu origem ao tema de repercussão geral nº 61) trouxera situação fática idêntica – separação de fato ocorrida no primeiro mandato e convertida em divórcio no segundo mandato – e a necessidade de se prestigiar as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em repercussão geral. Ainda assim, colhidos os votos, por placar de 5x2, sagrou-se vencedora a corrente que reconheceu o fim da sociedade conjugal em razão da separação de fato.

Sem debater o acerto da posição majoritária, cumpre apontar que o fundamento da divergência – *reconhecer o fim da sociedade conjugal em razão da separação de fato* – fora rechaçado pelo Tribunal Superior Eleitoral em ciclos eleitorais anteriores e pelo Supremo Tribunal Federal, em situação análoga, e da qual se extraiu o verbete da Súmula Vinculante nº 18. Nesse contexto, não se revela seguro cogitar de uma evolução jurisprudencial que caracterize a continuidade do romance em cadeia, mas sim, a própria negação da lógica que fundou os capítulos anteriores.

Não se pode afirmar se essa mudança de posicionamento servirá de baliza para os próximos capítulos do romance descrito em ciclos eleitorais, como se constatou que os anteriores não lhe serviram.

Tampouco seria razoável a expectativa de que esse julgamento, ao romper com o efeito vinculante horizontal do *stare decisis* sem o necessário diálogo com a segurança jurídica e com a integridade do Direito, comande o respeito das partes, na medida de lhes desestimular o litígio, ou mesmo das Cortes Eleitorais regionais, conhecedoras da instabilidade da jurisprudência do TSE.

O que se pinça, tanto do exemplo quanto do cotidiano da formação jurisprudencial eleitoral, é que cada novo ciclo eleitoral encerra, em si mesmo, um romance. Note-se que todas as ementas de processos eleitorais mencionam, em seu início, o ano das eleições. Assim, o conjunto de decisões para as eleições de 2020 é, em si, um romance.

Um detalhe a ser acrescido é que todas as ementas das decisões colegiadas do Tribunal Superior Eleitoral fazem constar, logo em seu início, a qual ciclo eleitoral aquele julgado se refere – Eleições 2016, Eleições 2018, e assim em diante – servindo como alerta ao

jurisdicionado para ter em mente que a decisão segue o conjunto de compreensões jurídicas daquele ciclo eleitoral.

Nesse contexto, cada novo romance de ciclo eleitoral pode, ou não, guardar coerência com os romances anteriores. Em caso negativo, não se detecta o exercício dos pesados ônus argumentativos que impactam uma evolução jurisprudencial harmônica com o aspecto dinâmico intertemporal da segurança jurídica e com a própria compreensão dialética do Direito como integridade.

A inversão dos termos é maior do que faz parecer sua semântica. Acarreta a compreensão, que há tempos deixou de ser inovadora, de que a Justiça Eleitoral julga cada ciclo eleitoral com relativa autonomia em relação ao anterior. Haverá situações nas quais se manterá a linha de coerência e evolução segura da jurisprudência, mas isso não afasta as hipóteses de rompimento jurisprudencial que nega os fundamentos das decisões anteriores e os desconsideram, sem o devido processo dialógico-dialético, para a fixação de novos entendimentos¹⁸⁵.

Assim, cada ciclo eleitoral encerra um romance inteiro em si mesmo e a sequência de ciclos eleitorais constitui uma cadeia de romances na qual pode haver elementos em comum, mas a sua ausência não compromete a higidez do romance individual. Em outras palavras, a cadeia de romances seria a série de livros que trata de gerações de uma mesma família, acolhendo a premissa de que uma geração pode renegar e se distanciar das passadas sem, com isso, deixar de lhes compartilhar os laços familiares que unem todos os romances.

O ordenamento jurídico pátrio não contempla norma que impeça, de modo coercitivo, essa prática. O artigo 926, do CPC, exara comando programático, porém, desprovido de preceito secundário de natureza sancionatória-coercitiva que lhe dê robustez e envergadura suficientes para determinar sua observância pelos tribunais nacionais, aqui incluídas as Cortes Eleitorais.

Assim, dentro da proposta de se adotar o direito como integridade como fundamento para que as decisões do Tribunal Superior Eleitoral produzam o necessário efeito vinculante vertical junto aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos juízes eleitorais, o respeito aos próprios precedentes, e aos do Supremo Tribunal Federal, se revela *conditio sine qua non* para a

¹⁸⁵ Interessante anotar que Dworkin já se posicionara contra essa possibilidade, ao afirmar (2010, p. 31): *No entanto, em meu exercício de imaginação, é esperado que os romancistas levem suas responsabilidades a sério e reconheçam o dever de criar, tanto quanto possível, um simples romance unificado, em vez, por exemplo, de uma série de contos independentes com personagens portando os mesmos nomes.*

conformação da proposta contida na metáfora do romance em cadeia e dos efeitos benéficos de um sistema de precedentes vinculantes.

Por certo que há um conjunto de temas que recebem tratamento uniforme da Justiça Eleitoral em ciclos eleitorais distintos, como é caso da discussão sobre a cumulatividade dos requisitos de enriquecimento ilícito e de prejuízo ao erário na configuração da causa de inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea I, da Lei Complementar nº 64/90.

O que se defende é a impossibilidade de se fechar os olhos às outras decisões proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, em casos que versem temas e matérias distintas, e que servem como fomento à quebra de credibilidade daquela Corte como emissora de precedentes judiciais de observância obrigatória por Tribunais Regionais Eleitorais e por juízes eleitorais. Enfim, essas decisões que destoam de uma percepção do direito como integridade solapam o conjunto de boas decisões do TSE.

Haure-se, do exposto, um menor grau de aderência da Justiça Eleitoral à ideia do romance em cadeia, seguindo, por vezes, a proposta da cadeia de romances, e nessa medida enfraquecendo a aptidão de produzir um sistema de precedentes vinculantes.

7. CONCLUSÃO

Tal como o agricultor que prepara a terra, faz o plantio no tempo correto, cuida de suas plantas e adota as boas técnicas de cultivo colhe bons frutos, cumpre concluir este estudo, colhendo-se as seguintes conclusões.

Tratou-se, no início, de enxergar a linguagem como foco do terceiro momento da Filosofia, identificando-se suas funções sintáticas, gramaticais e semânticas. A atenção deteve-se nesta última ao dimensionar a possibilidade de que os significantes possam produzir, em razão de seu contexto, diferentes significados.

Essa compreensão é a chave para o giro linguístico proposto por Wittgenstein e marca, até o presente, o reconhecimento da textura aberta da linguagem, mormente, a impossibilidade de que a língua exprima a integralidade de circunstâncias e elementos que informam as trocas linguísticas, sendo necessário reconhecer um caráter ambíguo indelével na linguagem.

O Direito, porque construído e expresso em linguagem, não escapa a essa característica, como bem apontou H.L.A. Hart.

A proposta de concepção do direito formulada por Hart endereça essa situação de insegurança advinda da ambiguidade da linguagem, indicando que os precedentes judiciais podem servir como técnicas de redução dessa incerteza por meio do reiterado papel interpretativo do direito desempenhados pelo Poder Judiciário.

O jurista de Oxford também recebe os créditos pela distinção teórica entre regras primárias e regras secundárias, estas últimas voltadas ao reconhecimento de normas jurídicas, modificação do ordenamento e, por fim, normas de julgamento. O ponto focal do estudo consistiu na análise das regras de reconhecimento e de sua importância para que, na ausência de um modelo normativo impositivo do reconhecimento dos precedentes como fonte normativa, isso seja possível por meio da formação de consensos entre os operadores do Direito, detidamente, do ramo eleitoral.

É de igual relevância a distinção teórica entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno do observador para se aferir o que é, em determinada sociedade, uma norma jurídica, ou seja, para o cumprimento da regra de reconhecimento.

Em segundo momento, debruçou-se sobre a proposta de Ronald Dworkin, do Direito como Integridade, iniciando por uma aferição se a simples adoção de vocábulos no artigo 926, caput, do Código de Processo Civil, que guardam identidade com a dita teoria importou em sua adoção pelo legislador brasileiro.

Ainda que se possa buscar conferir aos vocábulos íntegra e coerente um conteúdo jurídico semelhante ao contido na proposta do jurista estadunidense, sua proposta teórica encampa um conjunto bastante alargado de aspectos, inclusive o reconhecimento do Direito como uma prática argumentativa contida na moral, não sendo possível se afirmar, categoricamente, que o legislador brasileiro acolheu a teoria do Direito como Integridade.

Tratou-se, então, uma das facetas do ataque generalizado de Dworkin à teoria de Hart, que está no centro de sua proposição jurídica, sem se olvidar de que o autor promoveu ajustes constantes em sua teoria no curso dos anos.

O ponto escolhido para inflexão sobre a proposta teórica é do uso dos precedentes judiciais para o aprimoramento da prestação jurisdicional, merecendo distinção as metáforas apresentadas por Dworkin quanto ao romance em cadeia e ao juiz Hércules.

A teorização do romance em cadeia, na dimensão de um exercício extraído de uma comparação literária, sinaliza um conjunto harmônico de decisões no curso do tempo, ainda que seja para a superação de precedentes, em razão do exercício de diálogo com o passado, ou com a moral passada como defendeu Shapiro, na construção de novas decisões. No Brasil, há quem indique que essa atividade é denominada de autorreferência.

A exteriorização de um conjunto coerente de decisões é uma das maneiras pelas quais o Poder Judiciário pode servir aos interesses da comunidade, especialmente sob o ponto de vista dos jurisdicionados e da percepção de segurança jurídica na condução de suas atividades.

Até esse momento, ambas as teorias estudadas têm raízes na tradição jurídica anglo-saxã, sendo necessário resgatar a ideia de um filtro jurídico-cultural para se aferir o grau de inserção possível de um modelo de precedentes judiciais no nosso ambiente jurídico e, mais especialmente, na Justiça Eleitoral.

O filtro adotado foi a concepção teórica do neoconstitucionalismo, na qual há uma reconfiguração do princípio da separação dos poderes, propondo-se uma valorização da atuação do Poder Judiciário e a ascensão da aplicação dos princípios sobre as regras, permitindo a eficácia imediata das normas constitucionais e o uso da técnica de ponderação na condução de julgamentos.

O contraponto necessário está nas críticas feitas a essa teoria, ressaltando-se aquelas que miram sua artilharia nos excessos da atuação do Poder Judiciário e nas hipóteses nas quais se privilegia a justiça no caso concreto por meio da aplicação de princípios e pelo afastamento das regras previstas para a determinada *fattispecie*. Essa crítica encontra assento, posteriormente, na análise da atuação do Tribunal Superior Eleitoral.

O neoconstitucionalismo serve, portanto, como lente apta a revelar um ambiente favorável para a inserção, no ambiente no jurídico brasileiro, de um sistema de precedentes judiciais vinculantes.

A questão que se passa a esmiuçar, então, consiste nos meios pelos quais se criou a *doctrine of stare decisis*, que é o cerne do sistema de vinculação de precedentes judiciais, e embora se faça algumas referências históricas ao Direito inglês, o estudo condensa sua atenção no modelo de Direito norte-americano, até mesmo em razão de um elemento primordial em comum que aquele Direito e o Direito brasileiro compartilham, essencialmente, a adoção de uma Constituição rígida que serve como núcleo do sistema jurídico.

Explora-se, então, uma distinção essencial entre ambos os sistemas: nas terras americanas ao norte do Rio Grande produziram um modelo de *stare decisis* que não encontra seu lastro em previsão normativa, mas sim na sua aceitação pelos operadores do direito, ou seja, a regra de reconhecimento de Hart, adotado o ponto de vista interno do observador, produz resultado positivo para a aceitação do *stare decisis* como norma jurídica a ser observada no cotidiano jurídico.

Já em *Terrae Brasilis*, há um dispositivo legal que institui e delimita o *stare decisis*, encontrado mormente nos artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil. Essa distinção foi essencial para a formulação, mais a frente, da compreensão do estudo quanto ao sistema de precedentes judiciais obrigatórios na Justiça Eleitoral, especialmente para se defender que onde não há lei que determine a observância dos precedentes obrigatórios, essa pode ser conseguida por meio de uma conduta uniforme, íntegra e coerente do Tribunal Superior Eleitoral.

Na distinção feita entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, encontra-se a raiz daquela racionalidade jurídica extraída de um precedente e sobre a qual incidirá a eficácia vinculante. Apesar de se saber que apenas a *ratio decidendi* pode ser objeto da eficácia vinculante, não se descartou a dificuldade em a identificar, inclusive no mundo jurídico da *common law*, como ainda a possibilidade de que um *obiter dictum* seja mal interpretado como *ratio decidendi*, desvirtuando, embora seja passível de correção, a aplicação dos precedentes judiciais.

Também se averigua as eficácias horizontal e vertical do *stare decisis*. O foco mais estreito da observação joga luzes sobre o efeito horizontal, ou seja, aquele que vincula os integrantes da própria corte que proferiu o precedente à sua aplicação.

Há constatação interessante sobre o tempo médio de duração de um precedente na Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme indicado por Gerhardt, elemento que depois é cotejado com a temporariedade dos mandatos na Justiça Eleitoral e a duração dos ciclos

eleitorais, sendo um dos elementos que indica que esse ramo especializado da Justiça brasileira produz o que se denomina de cadeia de romances.

Também é de se ressaltar que no Direito dos Estados Unidos a Constituição estabelece textualmente que todos os tribunais do país são hierarquicamente inferiores à Suprema Corte, elemento que no Brasil é extraído do sistema recursal.

A distinção entre as eficácias horizontal e vertical do *stare decisis* será ponto nodal na análise feita sobre a aplicação de um sistema de precedentes judiciais na Justiça Eleitoral. Uma vez mais, há um filtro de ajuste jurídico a ser aplicado a partir dessas distinções.

Se a *doctrine of stare decisis* não encontra sua aplicabilidade em decorrência de um comando normativo, então deve haver um fundamento para que seja seguida. Indaga-se o motivo de os ingleses e os norte-americanos a acolherem e seguirem.

Na obtenção do fundamento que autoriza a produção de um juízo positivo na regra de reconhecimento a partir do ponto de vista interno do observador, adotou-se a proposta teórica de Duxbury, quanto às justificações consequencialistas/justificações deontológicas, com ênfase em critérios de igualdade e de segurança jurídica.

A segurança jurídica merece atenção individualizada, nela se mergulhando para reconhecer a sua aplicação, nesse contexto, como valor jurídico a exprimir um resultado desejado pelo sistema jurídico e as suas facetas estáticas e dinâmicas, especialmente a compreensão dinâmica intertemporal consistente nos ajustes necessários na produção normativa que devem respeitar os direitos já exercidos e as relações jurídicas já consolidadas.

De outro plano, o acesso à justiça, significando o acesso a uma ordem jurídica justa, também é uma justificação, especialmente na realidade brasileira, para a observância de precedentes judiciais.

Para além da questão de celeridade, sabe-se que o direito eleitoral, na condição de disciplina jurídica, não é de ensino obrigatório nas faculdades de Direito do país, ainda que seja uma matéria que afete a todos os brasileiros e todos os municípios do Brasil. Nesse diapasão é que um sistema de precedentes judiciais obrigatórios que se revela íntegro e coerente pode auxiliar aos operadores do Direito, que estão nos rincões do país, possam exercer a sua atividade da melhor maneira possível.

Todo o exposto até o presente momento, nesta conclusão, serve de arco teórico e de suporte para os filtros de traduzibilidade necessários para se responder à indagação que inaugurou este estudo: Se a Justiça Eleitoral, e suas distinções em relação aos demais

ramos do Poder Judiciário nacional, seria um *locus* adequado ao surgimento de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

A resposta é que sim, porém, com alguns senões.

Para além da necessidade de se poder identificar nas decisões judiciais, por meio de sua interpretação, a presença de uma *ratio decidendi* e, quando existente, de *obiter dictum*, propostas voltadas à teoria da argumentação jurídico e, por isso, não verticalizadas nesse estudo, a conformação do nosso sistema jurídico não permite afirmar a simples importação de um sistema de precedentes judiciais vinculantes da tradição jurídica do *common law* e sua implementação, *tout court*, no âmbito da Justiça Eleitoral.

Não há espaço para dúvidas de que a legislação processual civil determinou a implementação de um sistema de precedentes judiciais no nosso ordenamento jurídico, ainda que se não tenham sido pormenorizadas todas as suas nuances.

A leitura dos dispositivos normativos pertinentes ao tema, mormente dos artigos 926 e 927, do CPC, informada pelas propostas teóricas do Direito como Integridade e do neoconstitucionalismo, permitiu a verificação de sua aplicabilidade à Justiça Eleitoral, mormente em razão de seus contornos distintivos, ressaltando-se a temporariedade dos mandatos dos juízes eleitorais.

A compreensão haurida do estudo é no sentido de que o artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil serve como fonte apta a lastrear o efeito vinculante horizontal dos precedentes judiciais no âmbito da Justiça Eleitoral, mas não há dispositivo legal a legitimar a sua contraparte vertical.

O lastro da eficácia vinculante vertical não está no horizonte normativo, mas sim na proposta teórica do Direito como Integridade e deriva, como se defende, de um comportamento judicial adequado do tribunal de cúpula da Justiça Eleitoral no tratamento de seus próprios precedentes.

Nesse diapasão, sustenta-se que incumbe ao Tribunal Superior Eleitoral compreender e sufragar o papel de corte que respeita seus precedentes, que com eles mantém uma relação de diálogo e de autorreferência, ou seja, uma relação de integridade, mantendo-a coerente e ajustada às dimensões da segurança jurídica e garantindo, assim o acesso informado à Justiça por parte de todos cidadãos e operadores do direito eleitoral.

Assim, a eficácia vinculante vertical dos precedentes judiciais eleitorais estaria condicionada ao juízo positivo da regra de reconhecimento, por parte dos Tribunais Regionais Eleitorais e dos juízes eleitorais, de que os precedentes do Tribunal Superior Eleitoral são, com efeito e concretude, normas jurídicas estáveis e observadas, legitimando a sua conclusão, do ponto de vista interno dos operadores do direito eleitoral, de as seguirem.

Por certo que essa não é uma tarefa de simples realização. Há um esforço argumentativo significativo em sua persecução, especialmente quando colocamos essa tarefa dentro da ambiência das propostas teóricas do romance em cadeia e do Juiz Hércules, tal como concebidos por Ronald Dworkin.

A problematização da proposta se revela no exame de casos concretos sob cinco diferentes perspectivas: (i) a temporariedade da investidura na jurisdição eleitoral; (ii) o uso de decisões monocráticas e sua observância, ou não, das decisões proferidas pelo plenário do Tribunal Superior Eleitoral; (iii) os efeitos do artigo 16-A, da Lei nº 9.504/97 em desprestígio às decisões das Cortes Superiores; (iv) a questão da justiça no caso concreto, tanto no exercício da competência originária quanto na competência recursal; e (v) as constantes mudanças de posicionamentos e o que se denomina de cadeia de romances.

Os exemplos colacionados ofertam uma realidade que não adere, com perfeição, a um modelo no qual o Tribunal Superior Eleitoral reconhece cede à eficácia vinculante horizontal de suas decisões.

Ao contrário, a atuação dessa Corte parece mais se amoldar ao perfil das críticas feitas aos tribunais quando analisado o neoconstitucionalismo, especialmente nas hipóteses de realização de justiça no caso concreto, a despeito do ordenamento jurídico, e da atuação incontida de seus membros diante de decisões pretéritas do Tribunal, seja porque delas não participaram, seja porque discordam do posicionamento do órgão colegiado.

Ainda que se insira o peso da legislação eleitoral na cota de responsabilidade do Poder Legislativo, especialmente sob o lume da crítica feita, essa partilha não rende imune de decotes a atuação da Justiça Eleitoral, especialmente com a finalidade de promover a observância de precedentes judiciais.

A proposta de reconhecimento da Cadeia de Romances encerra, em princípio, o fenômeno observado nas constantes mudanças de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral e, nessa medida, rompe com a proposta do Direito como Integridade, mais detidamente com a metáfora interpretativa do romance em cadeia, coloca em risco a própria segurança jurídica, em sua função dinâmica intertemporal de previsibilidade, e prejudica o acesso à justiça, em sua

dimensão de conhecimento substancial do direito, que como já se explorou, é de relevância nos locais afastados dos grandes centros nacionais.

Cumprе ressaltar que a cadeia de romances não constitui uma proposta teórica de atuação da Justiça Eleitoral, mas sim um retrato da sua atuação, ao menos na extensão da mirada deste estudo.

Não se constata, em princípio, que essa forma de desempenho da jurisdição eleitoral promova a estabilidade e segurança jurídica do sistema eleitoral. Ainda que eventuais beneficiados pelas decisões possam advogar o acerto e justiça dessas decisões, não se deve olvidar que em matéria de representação e acesso aos cargos políticos eletivos da República, os interesses da coletividade se sobrepõem aos interesses do indivíduo.

Mais ainda, a cadeia de romances não encontra aderência à teoria do Direito como Integridade e, portanto, falha em observar os elementos de integridade, coerência, segurança jurídica, acesso à justiça e as justificativas deontológicas para se seguir precedentes, acarretando desprestígio a uma teoria de precedentes judiciais eleitorais dotados de eficácia vinculante horizontal e vertical.

De outro vértice, como se disse, há, sim, um conjunto de decisões do Tribunal Superior Eleitoral que se mantém estável no curso dos ciclos eleitorais.

Porém, e se concede que o papel do crítico é identificar e alardear problemas que entende devem ser resolvidos, as decisões colacionadas e escrutinadas alhures recebem atenção de quem convive com o direito eleitoral, causam impactos na conformação da doutrina e encontram seu caminho para o teor de novos pedidos formulados à Justiça Eleitoral. Ou seja, não são decisões ostracizadas, despidas de toda a sua importância e excluídas da vivência eleitoral.

Em razão dessa relevância é que se justifica a crítica direcionada a estimular, ainda que apenas no plano acadêmico, o ajuste do exercício da jurisdição eleitoral para que oriente a produzir decisões judiciais que observem a eficácia vinculante horizontal e vertical dos precedentes judiciais eleitorais, segundo os moldes propostos.

Como já dito, as constatações contidas no presente estudo não conduzem à inexorável conclusão de que a Justiça Eleitoral é incompatível com um sistema de precedentes vinculantes.

Em verdade, indicam apenas a inaplicabilidade do curto caminho longo¹⁸⁶ de apenas invocar a aplicação da lei, sem a compreensão de sua arquitetura e das teorias jurídicas que lhe fornecem substrato teórico e científico.

¹⁸⁶ A expressão curto caminho longo é encontrada em BONDER, Nilton. **A Alma Imoral: traição e tradição**. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2ed digital. Sugere-se a leitura do capítulo II, na passagem “O longo caminho curto x o curto caminho longo”.

Revelam, também, que a escolha pelo longo caminho curto, no qual o Tribunal Superior Eleitoral compreende seu papel no sistema da Justiça Eleitoral, o aceita e passa a decidir de forma uniforme, estável, coerente e íntegra, pode vir a criar a cultura de observância de seus precedentes por Tribunais Regionais Eleitorais e Juízes Eleitorais, em razão do reconhecimento do acerto, esmero e juridicidade de suas decisões diante dos casos concretos que lhe são apresentados. Em assim agindo colherá, no devido tempo, o resultado de seus esforços.

Incumbe ao Tribunal Superior Eleitoral, por meio de seus Ministros, ajustarem a sua postura judicante para que possam produzir o lastro necessário ao sistema de precedentes judiciais eleitorais.

Para concluir, na persecução desse ajuste de conduta necessário à conformação de um sistema de precedentes eleitorais com aptidão de eficácia vinculante vertical, encerra-se com a admoestação de Bertolt Brecht: *Há homens que lutam um dia e são bons, há outros que lutam um ano e são melhores, há os que lutam muitos anos e são muito bons. Mas há os que lutam toda a vida e estes são imprescindíveis.*

2. REFERÊNCIAS

- ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**: Precedentes no Direito Brasileiro. 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- ATALA, Danilo Pires. **Filosofia Jurídica**: A decisão judicial para Kelsen e Dworkin e o Juízo de Kant. Curitiba: Juruá, 2017.
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em 12 mar 2022.
- _____. **Teoria da Segurança Jurídica**. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BAHIA, Charles Nunes. Da textura aberta da linguagem à textura aberta do direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hartigo **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 71-88, jul 2017. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/333>. Acesso em: 02 dez. 2021.
- _____. As críticas de Dworkin levaram a uma superação do legado de Hart? **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [s. l.], v. 14, n. 2, p. 111-129, dez 2019. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/715>. Acesso em: 04 dez. 2021.
- BARBOSA, Igor Assagra Rodrigues. **Racionalidade Jurídica e Objetividade nas Decisões Judiciais**: a tese da resposta correta de Ronald Dworkin. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. Coleção Direito, Desenvolvimento e Justiça: sério produção científica.
- BARCELOS, Guilherme. **Crítica Hermenêutica do Direito Eleitoral**: O julgamento da Chapa Dilma-Temer no TSE. Curitiba: Juruá, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 240, p. 1-42, abr/jun 2005.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEDRAN, Rodrigo Marcos. **A vinculação dos precedentes no novo CPC brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BERNARDO, Clarissa Campos; ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. O sistema de precedentes do novo CPC e sua repercussão no direito eleitoral. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **Direito Eleitoral**. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 12, p. 75-91.

BONAT, Debora; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Racionalidade no Direito: Inteligência artificial e precedentes**. Curitiba: Alteridade, 2020. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial.

BRASIL. **Código Eleitoral – Lei 4.737 de 15 de julho de 1965**. Brasília-DF: Senado, 1965.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

_____. **Lei dos Partidos Políticos – Lei 9.096 de 19 de setembro de 1995**. Brasília-DF: Senado, 1995.

_____. **Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília-DF: Senado, 1999.

_____. **Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Brasília-DF: Senado, 2015.

BURKE, Peter. **Hibridismo Cultural**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H.L.A. Hart? In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. [s.l], v. 20, n. 1, p. 307-327, jan-abr 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204/4100>. Acesso em 1 dez. 2021.

_____. A Integridade e os Fundamentos da Comunidade Política. In: COELHO, André, MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Orgs). **Interpretando o Império do Direito: Ensaios críticos e analíticos**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2018, p. 115-136.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. A jurisprudência como fonte do Direito Eleitoral: A força do precedente eleitoral. In: **Direito Eleitoral: Temas Relevantes**. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p. 37-68.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 10ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo CPC brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, nº 752, 1998, p. 11-21.

CONEGLIAN, Olivar. **Eleições: radiografia da Lei 9.504/97**. Curitiba: Juruá, 9ed., rev. atual. e amp., 2016.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral: Teoria da inelegibilidade, direito processual eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 10ed., rev. e amp., 2016.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 2 - Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Objectivity and Truth: You'd better believe it*. In: **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 25, No. 2, pp. 87-139, Spring, 1996. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2961920>. Acesso em 19 dez. 202.

_____. O Direito como Interpretação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Orgs.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri: Manole, 2010.

_____. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014a.

_____. **O Império do Direito**. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

_____. **A Justiça de Toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014c.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

_____. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. 2ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019a.

_____. **Uma questão de princípio**. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019b.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 10ed. rev., atual. e amp., 2018.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent.* New York: Oxford University Press, 2008.

GOODHART, Arthur Lehman. *Precedents in the Court of Appeal.* In: *The Cambridge Law Journal*, Cambridge: Cambridge University Press, vol. 9, no. 3, pp. 349–365, 1947. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/4503641>. Acesso em 17 jan. 2022.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e dos princípios.** 10ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 16ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GONÇALVES, Alex Silva; QUIRINO, Regio Hermilton Ribeiro. A Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Herbert Hart: semelhanças e diferenças entre os critérios de validade do Sistema Jurídico. **Sequência:** Florianópolis, n° 78, abr. 2018, p. 91-118. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n78p91>. Acesso em 1 dez. 2021.

HADDAD, Emmanuel Gustavo. **Precedentes Judiciais: Sistematização e aplicação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HARTIGO H. L. A. **O Conceito de Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: An introduction.* New York: Yale University Press, 1993.

HERSHOVITZ, Scott. *Integrity and Stare Decisis.* In: *Exploring Law's Empire: The jurisprudence of Ronald Dworkin.* Oxford: Oxford University Press. 2006, p. 103-118.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral.** 3ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

KETCHAM, Ralph. *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates.* New York: Penguin, 2003

KOMATSU, Marcos Paulo Solavracos. O neoconstitucionalismo no Brasil: entre a teoria e a realidade. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional.** Brasília: IDP, Ano 5, vol. 2, ago/dez 2012. Disponível em

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/763/537>. Acesso em 10 mar. 2022.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 8ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LOBO, Américo. **Decisões Constitucionais de Marshal**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 3ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O conceito de precedente judicial, *ratio decidendi* e a universalidade das razões jurídicas de uma decisão. In: **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015**: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 951-962.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Coleção Teoria e Filosofia do Direito.

_____. **H. L. A. Hartigo** Madrid: Marcial Pons. 2010.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. A Integridade no Direito e os Protocolos de Hércules. In: COELHO, André, MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (orgs). **Interpretando o Império do Direito**: Ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2018, p. 137-171.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 3ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito Eleitoral**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa; BORGES, Marcelo Arantes de Melo. Precedentes Vinculantes, segurança jurídica e Justiça Eleitoral. In: **Revista Jurídica Verba Legis**. Goiânia, n. 7, p. 57-63, 2012. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2321>. Acesso em 15 fev. 2022.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: Do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In **Revista Quaestio Juris**. Rio de Janeiro, vol. 4, n° 1, p. 1-86, 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10212>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes: Justificativa do novo CPC**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 3.ed. rev. amp. e atual., 2018.

_____. **O STJ enquanto Corte de Precedentes:** Reconstrução do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 4.ed. rev. amp. e atual., 2019a.

_____. **Precedentes Obrigatórios.** 6ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao CPC:** artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção comentários ao CPC, v. 15

MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent?* In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.) *Interpreting Precedents: A comparative study*, New York: Routledge, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema de construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. In: **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 35, nº 139, p. 5-22, jul/set. 1998.

MATIAS, Arthur José Jacon. **Precedentes:** fundamentos, elementos, aplicação. Leme: JH Mizuno, 2019.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça:** um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009.

MCLEOD, Ian. *Legal Method.* Hampshire: Palgrave Macmillan, 9ed, 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artito 927 do novo CPC. In: **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no CPC/2015:** Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 119-130.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes:** Da persuasão à vinculação. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MOREIRA, Allan Gomes. A unidade do valor como teoria da interpretação. In: **Revista Brasileira de Filosofia do Direito.** Curitiba, v. 2, n. 2, p. 53 - 72, Jul/Dez. 2016 - ISSN: 2526-012X. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/1469/0>. Acesso em 19 dez. 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica.** 2ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e o Direito Processual Eleitoral. In: **Revista de Processo.** v. 262, dez-2016, p. 413-426.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et non Quieta Movere:* A vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

NOGUEIRA JÚNIOR, Flávio Aurélio. O efeito vinculante da jurisprudência do TSE: a vigência do artigo 263 do Código Eleitoral e o *prospective overruling*. In: OLVEIRA, Armando Albuquerque de; TORRES, Vivian de Almeida Gregori (Orgs.). **Teorias da democracia e direitos políticos II.** Curitiba: CONPEDI, 2ed., 2016, v. 2, p. 78-94.

NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus Democracia**: Um olhar positivista. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Allan Titonelli; AMADEUS, Djefferson. **Código Eleitoral foi precursor do debate sobre segurança jurídica**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-14/codigo-eleitoral-foi-precursor-debate-seguranca-juridica>>. Acesso em: 12 mar. 2021.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Artigo 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017, p. 305-361.

OLIVEIRA, David Barbosa. A reviravolta linguística na teoria do Direito: a filosofia da linguagem na determinação teórica de Kelsen, Ross e Hartigo **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, [s. l.], v. 9, n. 1, p. 33-41, janeiro-abril 2017. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.04>. Acesso em: 3 dez. 2021.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ed., São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: De que maneira o direito se assemelha à literatura? In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 54, jan./jun. 2009, p. 91-118.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo sobre o caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo TSE. In: **Estudos Eleitorais**, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 83-105, maio/ago. 2014.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Direito Eleitoral e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

PANUTTO, Peter. **Precedentes judiciais vinculantes**: O sistema jurídico-processual brasileiros antes e depois do CPC de 2015 (Lei nº 13-105, de 16 de março de 2015). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PAULA, Tatiana. **Superação do Precedente Judicial: uma análise à luz do contraditório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das Decisões Judiciais**. O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: Universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PETERSEN, Raphael. **O STF no início da primeira república**: entre o direito e a política. Curitiba: Juruá, 2020.

PUGLIESE, William Soares. **Precedentes e a Civil Law Brasileira**: interpretação e aplicação do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. *Stare decisis*. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 31, n. 122, maio/jul. 1994, p. 281-287.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Justiça Eleitoral e Representação Democrática. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROESLER, Cláudia Rosane. Os diversos enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma teoria Constitucionalista do Direito. Diálogo entre a Prof^a Claudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia Rosane. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. **Precedentes judiciais no novo CPC**: tensão entre segurança e dinâmica do direito. Curitiba: Juruá, 2015.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais**: Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: A jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, v. 3, n. 9, jan./mar., 2009, p. 95-133.

SEREJO, Lourival. **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2016.

SHAPIRO, Scott. O debate “Hart versus Dworkin”: um pequeno guia para perplexos. In: COELHO, André, MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Orgs). **Interpretando o Império do Direito**: Ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2018, p. 254-289.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in Law and in Life*. Oxford University Press: Oxford, 2002.

_____. *Stare Decisis: Rhetoric and Reality in the Supreme Court (February 5, 2019)*. In: **2017 Supreme Court Review (Forthcoming)**, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3329049>. Acesso em 16 jun. 2021.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao Direito Inglês e Norte-americano**. 2ed. São Paulo: Landy, 2006.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The English Legal System*. 18ed. London: Routledge, 2017.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2013a.

SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à Justiça**. Salvador: Editora Dois de Julho, 2013b.

STARR, Paul. *Why Liberalism Works*. In: *The American Prospect: Ideas, politics & power*. 19 abr. 2007. Disponível em: <https://prospect.org/features/liberalism-works/>. Acesso em 13 dez. 2021.

STONE, Julius. *The Ratio of the Ratio Decidendi*. In: *Modern Law Review*. Londres, vol. 22, n. 6, 1959, p. 597-620. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1959.tb00561.x>. Acesso em 24 jan. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. In: **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 54-87, Jan.-Abr., 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2451>. Acesso em 04 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e Hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015**. 2ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

STRUCHINER, Noel. **Direito e Linguagem: Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting Precedents: A comparative study*. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds). New York: Routledge, 1997.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 199, set-2011, p. 139-155.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet. **Precedentes judiciais: entre normas e decisões**. Curitiba: Juruá, 2015.

TOFFOLI, Dias. Os caminhos da cidadania e do voto no Brasil, um panorama histórico. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 28, n. 138, jun. 2018, p. 7-20.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e decisão judicial: Elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. 2ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

UCHÔA, Sheila Monteiro. **Juízo de adequação aos precedentes: vinculação e possibilidade de recusa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VAQUERO, Álvaro Nuñez. Sin Precedentes: Una mirada escéptica a la regla del *stare decisis*. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 39, p. 127-156, nov. 2016. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2016-n39-sin-precedentes-una-mirada-esceptica-a-la-regla-del-stare-decisis/pdf>. Acesso em 4 dez. 2021

VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antônio da. **Direito Eleitoral**. 2ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 4ed. São Paulo: Almedina, 2018.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law*: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2007.

VILLELA, Angelo Goulart; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Leis que mudam muito e juízes que ficam pouco: reflexões sobre Direito Intertemporal e segurança jurídica no Direito Eleitoral. In: **Direito Eleitoral**: Aspectos materiais e processuais. CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de; FERREIRA, Telson Luís Cavalcante (Coords). São Paulo: Migalhas, 2016, p. 117-134.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

WATSON, Allan. *Legal Transplants: An approach to Comparative Law*. 2ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

ZANETTI JR., Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ZILIO, Rodrigo López. O Novo CPC e a proteção do direito eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 235-257.

_____. **Direito Eleitoral**. 7ed. Salvador: Juspodivm, 2020.