

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

LEANDRO DE SOUZA CORRÊA

A TÉCNICA DA DISTINÇÃO DE PRECEDENTES NO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL

FLORIANÓPOLIS

2015

LEANDRO DE SOUZA CORRÊA

A TÉCNICA DA DISTINÇÃO DE PRECEDENTES NO TRIBUNAL SUPERIOR
ELEITORAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
junto ao curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, na área de Direito Processual Civil e
Direito Eleitoral.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

FLORIANÓPOLIS

2015

Autor: Leandro de Souza Corrêa

Título: A técnica da distinção de precedentes no Tribunal Superior Eleitoral

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com nota _____.

Florianópolis/SC, 03 de dezembro de 2015.

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

Professor Orientador

Prof. Msc. Marcus Vinícius Borges

Membro da Banca Examinadora

Prof. Pedro Henrique Reschke

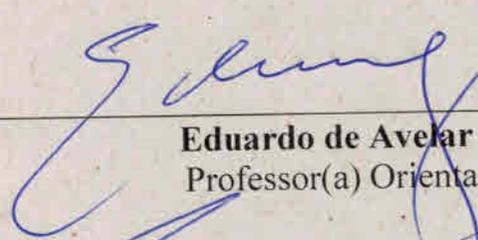
Membro da Banca Examinadora

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

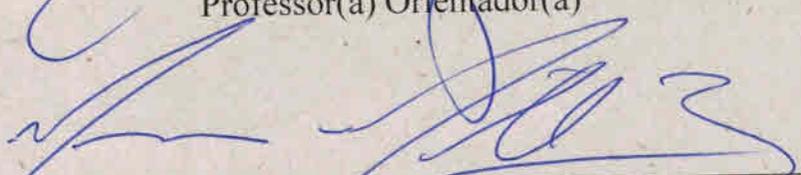
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A técnica da distinção de precedentes no Tribunal Superior Eleitoral.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Leandro de Souza Corrêa**, defendido em **03/12/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

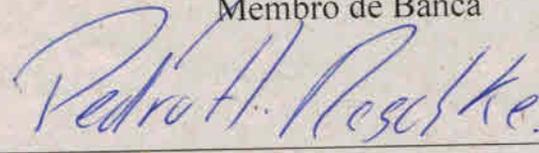
Florianópolis, 3 de Dezembro de 2015



Eduardo de Avelar Lamy
Professor(a) Orientador(a)



Marcus Vinicius Motter Borges
Membro de Banca



Pedro Henrique Reschke
Membro de Banca

>



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Leandro de Souza Corrêa**

RG: **5081267**

CPF: **07362156979**

Matricula: **11100248**

Título do TCC: **A técnica da distinção de precedentes no Tribunal Superior Eleitoral.**

Orientador(a): **Eduardo de Avelar Lamy**

Eu, **Leandro de Souza Corrêa**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 3 de Dezembro de 2015

Assinatura manuscrita em tinta azul de Leandro de Souza Corrêa, sobre uma linha horizontal.

Leandro de Souza Corrêa

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, onipresente no plano espiritual e responsável pela luz diária em minha vida.

Aos meus pais – Luiz Clóvis e Ana Cláudia, verdadeiros anjos da guarda – que já me concederam a maior e melhor herança que um filho pode ter: a educação.

Da mesma forma, agradeço ao meu irmão Guto, perfeccionista, mas sempre ao meu lado e disposto a ajudar, e, também, ao meu avô Ignácio, fonte de sabedoria, que me ensinou a escutar mais e falar menos.

Ao meu orientador Lamy, sempre atento e disponível, que me despertou o desejo pela pesquisa e produção acadêmica.

A todos os colegas do escritório, em especial ao chefe Eduardo, professor da vida e fonte de inspiração profissional.

Não posso deixar de agradecer o amigo Pedro Reschke, que, com sua inteligência e humildade, nunca deixou de me ajudar e de proferir críticas, sempre visando o melhor resultado possível para este trabalho.

Por fim, a todos os meus amigos, de Urubici (coração do universo), de Florianópolis, do mundo. Vocês fizeram, fazem e sempre irão fazer parte da minha vida.

*“A vida é uma aprendizagem diária.
Afasto-me do caos e sigo um simples
pensamento: Quanto mais simples,
melhor!”*

– José Saramago

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar a operacionalidade da distinção de precedentes no Tribunal Superior Eleitoral com o olhar voltado para o CPC de 2015 em defesa de um sistema de direito previsível e racional. Para tanto, examina-se o sistema *common law* e sua doutrina *stare decisis*, esboçando a vinculação de precedentes e técnicas de julgamento que superam (*overruling*) ou afastam (*distinguishing*) o precedente do caso concreto como forma de impedir o engessamento do direito. Segue-se um estudo da Justiça Eleitoral a partir de sua evolução histórica, passando pela Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, com foco no Tribunal Superior Eleitoral e sua atuação nas funções administrativa, consultiva e regulamentar que o diferencia dos outros tribunais superiores e somam à função principal de uniformizar o entendimento jurisprudencial do direito eleitoral brasileiro. Por fim, a partir da análise de casos concretos, averigua-se que o Tribunal Superior Eleitoral consegue dar maior autoridade a seus precedentes sobre si mesmo e tribunais inferiores do que o Superior Tribunal de Justiça, mas, não raro, comete falhas interpretativas ao distinguir precedentes de casos concretos sem justificativas racionais.

Palavras-chave: Precedentes. *Common Law*. *Stare decisis*. Justiça Eleitoral. Direito Eleitoral. Tribunal Superior Eleitoral. Segurança Jurídica. Distinção.

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| CAPÍTULO 1: A TEORIA DOS PRECEDENTES E O <i>DISTINGUISHING</i> | 9 |
| 1.1 <i>Common Law, Stare decisis</i> e o respeito aos precedentes..... | 9 |
| 1.2 Técnicas de aplicação aos precedentes..... | 16 |
| 1.3 <i>Distinguishing</i> : conceito, aplicação e procedimento relacionados..... | 22 |
| CAPÍTULO 2: O TSE COMO CORTE DE UNIFORMIZAÇÃO | 28 |
| 2.1 A evolução da justiça eleitoral no Brasil..... | 28 |
| 2.2 Estrutura, composição e funções do TSE..... | 35 |
| 2.3 A uniformização de jurisprudência no TSE..... | 42 |
| CAPÍTULO 3: A TÉCNICA DE DISTINÇÃO e o TSE | 50 |
| 3.1 A importância do respeito aos precedentes..... | 50 |
| 3.2 A técnica da distinção no TSE..... | 56 |
| 3.3 A influência do CPC de 2015 nos precedentes da Justiça Eleitoral..... | 69 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 74 |
| REFERÊNCIAS | 77 |

INTRODUÇÃO

A estruturação de um sistema de precedentes em um país que tem a lei como a principal fonte de direito e não a partir de casos como o sistema *common law*, constitui um verdadeiro desafio. Nesse contexto que se enquadra o Brasil. Adepto ao sistema *civil law*, em que o juiz interpreta a lei e dá a solução jurídica para o caso que chega ao Judiciário, os profissionais do direito, ao menos legisladores e doutrinadores, começam a dar destaque para um importante componente: o precedente.

Esta valorização dos precedentes decorre principalmente da jurisdição constitucional brasileira que proporciona aos tribunais superiores o poder de uniformização jurisprudencial e ao mesmo tempo se mostra cada vez mais preocupada com os rumos que as eficácias das decisões judiciais estão tomando ao aplicarem soluções jurídicas diferentes para casos idênticos, colocando em dúvida a estruturação de um sistema baseado em leis.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça por abarcarem quase a totalidade das esferas existentes do direito em nosso país, acabam sendo os mais estudados e comentados pelos estudiosos do direito. A questão é que existem outros tribunais superiores importantes e indispensáveis ao sistema jurídico brasileiro, como por exemplo, o Tribunal Superior Eleitoral.

As constantes matérias jornalísticas envolvendo a política nacional e discussões pertinentes ao Estado Brasileiro em si, colocam em evidência o trabalho do Judiciário e, principalmente, da Justiça Eleitoral. O Tribunal Superior Eleitoral, enquanto corte superior das questões que envolvem o direito eleitoral e político do país, possui uma enorme influência das balizas que norteiam o Estado Democrático de Direito e, na maioria das vezes, o menos estudado e dissecado pelos profissionais do direito.

À luz destas premissas, este trabalho se preocupará essencialmente em analisar a teoria de precedentes dentro da Justiça Eleitoral, mas principalmente no Tribunal Superior Eleitoral. Mais: estudar as técnicas de julgamento, sobretudo a distinção de precedentes em análises feitas entre casos paradigmas e concretos aplicadas pelos ministros nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, tendo como espelho o sistema *common law*.

Para isso, o trabalho se dividirá em três grandes momentos: estudo do sistema *common law* puro, análise geral da Justiça Eleitoral do país e do Tribunal Superior

Eleitoral como corte de uniformização, para em último momento atingir o objetivo final, qual seja fazer uma análise crítica da maneira que a Corte Superior Eleitoral enfrenta a distinção de seus precedentes.

Como de nada adianta falar de precedentes se não pensar o mínimo que seja em *common law*, o primeiro capítulo será destinado a discutir exclusivamente este sistema. Será demonstrada a evolução de sua origem até os dias atuais, passando pelas teorias de eficácia que até hoje são discutidas, como também por sua principal doutrina *stare decisis*, a qual é responsável pela carga vinculativa entre um precedente e outro. Além disso, serão analisados os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, indispensáveis para a compreensão das razões de um precedente, para então ao final examinar seus conceitos operacionais *overruling* e especialmente o *distinguishing*.

Em um segundo momento se pretende tecer considerações a respeito da Justiça Eleitoral e seu tribunal superior. Para isso será lembrado um pouco da história brasileira, suas formas de governo, criações de leis importantes para o país, com uma ênfase no ano de 1932, ano em que a Justiça Eleitoral foi criada e desde então, até mesmo com a promulgação da Constituição Federal, vigora em moldes parecidos com aquela época. Posteriormente, as atenções serão voltadas para o Tribunal Superior Eleitoral, em que será estudada sua estrutura, competência, composição e também suas funções administrativa, consultiva, regulamentar e jurisdicional. Ao final desta parte, será analisada a função precípua do Tribunal: guiar a uniformização jurisprudencial de causas que envolvem direito eleitoral.

Já a terceira e última parte do trabalho serão resgatadas exposições feitas nos dois anteriores capítulos para responder a questão central: o Tribunal Superior Eleitoral aplica a técnica de distinção entre precedentes com justificativas racionais e aproximada ao *distinguishing* na *common law*? Esta pergunta será respondida a partir de casos práticos da Corte, sob o respaldo das últimas alterações legislativas brasileiras, inclusive do CPC de 2015, que deram ênfase ao sistema com a intenção de trazer previsibilidade e segurança jurídica ao jurisdicionado.

Por fim, o método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, partindo de premissas maiores sobre os precedentes e Justiça Eleitoral para chegar à conclusão final.

CAPÍTULO 1

A TEORIA DOS PRECEDENTES E O *DISTINGUISHING*

O CPC de 2015 enriqueceu os debates ao trazer para o sistema processual brasileiro o respeito aos precedentes a partir de uma uniformização de jurisprudência por parte dos tribunais superiores e toda a hierarquia do judiciário.

Este trabalho terá como diretriz a velha frase: *casos idênticos devem ser decididos de forma idêntica*. Se um tribunal julgar determinado caso em um sentido, deverá julgar outro, futuro, neste mesmo sentido, caso tenha as mesmas premissas fáticas daquele.

O objetivo deste primeiro capítulo é trazer à tona o funcionamento do sistema *common law* que possui o precedente como pilar central do direito. Será analisado sua história, seus conceitos e suas técnicas de julgamentos (especialmente o *distinguishing*), demonstrando a importância do magistrado como ator principal da evolução do direito anglo-saxão.

1.1 *Common law, stare decisis* e o respeito aos precedentes

Qualquer sistema que pretende uniformizar jurisprudência precisa ao menos observar o sistema *common law*. Por mais que sua cultura e metodologia de aplicação do direito sejam amplamente diferentes do *civil law*, seus objetivos são os mesmos: trazer segurança jurídica ao jurisdicionado. Assim, importante a troca de informações e experiências, pois a partir disso é que o sistema jurídico brasileiro encontrará o seu rumo na maneira de trabalhar com os precedentes.

O direito na *common law* evoluiu a partir de casos e costumes, sem qualquer interferência que pudesse derruir essa tradição, conseguindo assim, acumular um aprendizado de séculos¹. Evidentemente, a *common law* não é o mesmo desde sempre. Entretanto, sua base principal sempre permaneceu a mesma: o direito a partir de casos².

Em realidade, o seu caminho foi traçado pela atividade dos juízes que afirmavam a *common law* dia após dia com as suas decisões. Os juízes reconheciam os

¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo. RT, 2012. p. 20.

² WAMBIER, op. cit. p. 20.

costumes e dali pra frente aquele costume reconhecido pelo magistrado começava a servir de espelho para outros magistrados que recebessem casos que tivessem a mesma premissa. Tudo isso com base na tradição, sem, ainda, haver o efeito vinculativo entre os precedentes³.

Exatamente pelo sistema evoluir de uma maneira natural, discutiu-se intensamente a natureza das decisões proferidas pelos juízes. Desejava-se esclarecer se a decisão judicial criava ou apenas declarava o direito. Criou-se uma espécie de teoria da jurisdição⁴. Explica MARINONI:

Inicialmente, sustentou-se, na Inglaterra, a tese de que o juiz apenas declarava o direito, sendo um dos seus principais defensores William Blackstone⁵. Em seu entendimento, existiria a *lex non scripta* – o direito não escrito ou o *common law* – e a lei escrita – o direito escrito ou o *statue law*. O *common law* propriamente dito espelharia tanto costumes gerais (“costumes estabelecidos” e “regras e máximas estabelecidas”), quanto os costumes particulares de algumas partes do reino, bem como aqueles observados apenas em algumas cortes e jurisdições⁶.

Os adeptos a esta teoria entendiam que o direito sempre existiu a partir dos costumes. Bastava ao juiz apenas declarar algo que já ocorria, pois a criação do direito já estava na própria sociedade de acordo com as suas relações e tradição de séculos. O papel do juiz era apenas fazer a leitura daquele cenário e aplicar o direito para ambas as partes.

Dita Lênio Streck: “essa *teoria declaratória* significa que a fonte do direito no precedente está ele próprio ligado à fonte do direito no costume, que por sua vez, é ligada à fonte do direito na razoabilidade, como elemento moral do direito”.⁷ E caso já houvesse decisão de um caso que viesse se repetir no futuro, o direito era apenas declarado com base na decisão judicial anterior.

As críticas surgiram daqueles que eram adeptos à teoria constitutiva, que defendiam a criação do direito por meio dos juízes. Observe-se:

Jeremy Bentham e John Austin condenaram de maneira ácida e impiedosa a teoria declaratória. Bentham igualou-a ao método adotado para o treinamento de cachorros – chegou a qualificá-la, literalmente, de *dog-law* –, ao passo que Austin acusou-a de ficção infantil. Para este autor, os juízes teriam noção ingênua de que *common law* não seria produzido por eles, mas se constituiria em algo milagroso declarado de tempo em tempo. O *common law*, na concepção da teoria positivista, existia por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito, então,

³ BUSTAMANTE. Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 4.

⁴ MARINONI. op. cit. p.22.

⁵ Luiz Guilherme Marinoni faz referencia a este autor para destacar a antiguidade destas discussões. Para isto, utiliza-se da obra “*Commentaries on the law of England*”, tendo a sua primeira edição publicada em 1765.

⁶ MARINONI. op. cit. p. 22.

⁷ STRECK, Lenio Luiz; Abboud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as sumulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 41

produto da vontade dos magistrados, não algo meramente descoberto, porém criado⁸.

A teoria constitutiva fazia uma análise mais racional do cenário jurídico da época. Inegavelmente, a evolução da sociedade levava a novos comportamentos humanos ainda não julgados pelos juízes. Como pode o juiz apenas declarar o que nunca havia sido julgado? Com esta pergunta os autores adeptos à teoria constitutiva fizeram duras críticas a quem defendia a teoria declaratória, já que em algum momento deveria ter o início e, como o juiz não criava o direito, era preciso uma dádiva externa à realidade.

Nessa disputa das teorias, surgiu no século XIX, a principal doutrina da *common law: stare of decisis (doctrine of stare decisis)*. Este termo é a abreviação da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que, basicamente, quer dizer: ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto⁹. Daí que surgiu o efeito vinculante das decisões com regras e princípios capazes de gerir a solução para cada caso concreto, seja pelas Cortes inferiores ou pelas próprias Cortes de onde emanam.

Pode-se observar que esta doutrina foi criada muito tempo depois das teorias declaratória e constitutiva. Foi apenas com o julgamento de um caso emblemático¹⁰, decidido em 1898, que o *stare decisis* tomou rumo na evolução da vinculação da *House of Lords*¹¹ às suas próprias decisões, pois foi o momento que a Corte se utilizou de seus argumentos para reconhecer o *stare decisis* e dar eficácia a seus precedentes¹².

Assim, ao se falar de *stare decisis*, fica implícito os efeitos dos precedentes em dois sentidos: horizontal e vertical. No primeiro, a Corte está vinculada nas suas próprias decisões, já no segundo a vinculação está condicionada aos graus de jurisdição que lhe são superiores¹³. A fundamentação das decisões precisa expressar outro precedente da própria corte ou de instância superior para justificar a solução para determinado caso.

Além de horizontal ou vertical, pode-se também dizer em efeito interno e externo, conforme preleciona Pedro Miranda de Oliveira ao interpretar José Rogério Cruz e Tucci:

⁸ MARINONI, op. cit. pp. 23-24.

⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

¹⁰ *London Tramways v. London County Council*.

¹¹ Salienta-se que a *House of Lords* foi substituída para *Supreme Court of the United Kingdom* desde 2009.

¹² MARINONI, op. cit. pp. 30.

¹³ TUCCI, Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo. RT, 2012. pp. 104-105.

O efeito vinculante das decisões já proferidas fica condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Na experiência jurídica do *common law*, é comum o julgado vincular a própria corte (eficácia interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia externa). Observe-se, por outro lado, que o estilo de julgamento, no âmbito do direito judicial, é caracterizado pela “autorreferência” jurisprudencial. Em outras palavras, a fundamentação de uma decisão deverá, necessariamente, conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte¹⁴.

A doutrina *stares decisis* trouxe para o sistema *common law* a previsibilidade do direito ao jurisdicionado. O efeito vinculante passou a ser obrigatório em todas as instâncias. Os tribunais intermediários devem respeitar os precedentes deles mesmos e da corte suprema, assim como a corte suprema, órgão máximo do judiciário, deverá respeitar seus próprios precedentes. Por isso a alusão aos efeitos horizontais e verticais ou internos e externos.

O fato é que o *stare decisis* surgiu para dar segurança jurídica, previsibilidade e igualdade às relações da sociedade, sendo parte da evolução do próprio sistema *common law*. Portanto, não se pode confundir a doutrina com o sistema. A doutrina surgiu recentemente com diretrizes próprias para regular o uso de respeito obrigatório aos precedentes, já o sistema se originou há séculos, por meio dos costumes gerais sem essa vinculação entre decisões¹⁵.

Entretanto, seja antes do *stare decisis*, seja depois, o direito na *common law* foi/é produzido essencialmente pelos juízes (*judge made law*). A base dos julgamentos são os precedentes. Assegura Volpe Camargo: “os precedentes ditam regras de comportamento humano e, em razão de se tratarem de normas jurídicas gerais, geram legítima confiança de que casos iguais ulteriores serão tratados igualmente aos anteriores (*treat like cases alike*)¹⁶.”

O magistrado é o personagem principal na consolidação da *common law* – daí a expressão *judge made law* – pois afirma o sistema ao mostrar o caminho a ser seguido¹⁷. Em outras palavras, o juiz faz a lei.

Vale os ensinamentos de Pedro Miranda de Oliveira:

O modelo *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial. É, pois, um sistema nitidamente *judicialista*. Ao mesmo tempo em que julga, o magistrado, de certa forma, legisla, criando regras de decisão aplicáveis a outros

¹⁴ OLIVEIRA. Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: 2015. p. 153.

¹⁵ MARINONI, op. cit. pp. 31-32/97

¹⁶ CAMARGO. Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo. RT, 2012. p. 557.

¹⁷ MARINONI, op. cit. p. 33

casos similares. A principal fonte do direito é a produção judicial¹⁸.

Essa produção judicialista da lei é a essência do sistema *common law*. Diferente dos países em que há produção normativista pelo poder legislativo pautados pelo sistema *civil law*, no *case law* os próprios juízes possuem o poder de criar normas vinculativas por meio de suas decisões.

O precedente atua como fonte indutiva para o estabelecimento de parâmetros em casos que irão ser julgados no futuro, ou seja, as regras – normas e princípios – são induzidas a partir da decisão judicial, que funciona como um paradigma para casos ulteriores¹⁹. Para se ter dimensão da importância do juiz, o *law-making authority* “não apenas teve espaço para densificar a *common law*, como também oportunidade de, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais²⁰.”

Na esteira da supremacia judicialista do sistema *common law*, explica Lênio Streck:

A doutrina dos precedentes caracteriza a evolução histórica da filosofia do *common law*, baseada na casuística e na própria dimensão histórica do fenômeno jurídico. Desse modo, a linha judicial, consistente na aplicação de uma regra ou princípio jurídico em diversos casos análogos, é evidência da existência e validade de cada regra e/ou princípio jurídico aplicado. Assim, perante a doutrina dos precedentes, as decisões não configuram meros exemplos da aplicação das regras e dos princípios, mas, sim, a prova da existência deles e de sua conseqüente recepção pelo Judiciário. Nessa perspectiva, o juiz tem a obrigação de encontrar o direito na análise dos casos e declará-lo²¹.

As decisões judiciais formavam espécies de leis para os jurisdicionados. Assim, todo e qualquer caso que chegava ao judiciário, os juízes tinham a obrigação de encontrar casos do passado para servir de paradigma do caso que estava sendo julgado, ou seja, as decisões anteriores dariam o suporte para a decisão atual e, por conseqüência, entraria para o mesmo conjunto de precedentes quando terminada.

Esta cadeia de decisões e busca pelo passado se dava principalmente pelo receio dos juízes não terem o respeito da sociedade. O costume e a tradição levaram a estes comportamentos de consideração com o que já foi julgado. Assim diz Marinoni:

O juiz que considera o passado mostra respeito ao Poder de que faz parte e à confiança nele depositada pelo jurisdicionado. No entanto, se o magistrado é consciente de que a sua decisão poderá formar um precedente, o qual deverá ser respeitado pelos seus sucessores e interferirá sobre o comportamento das pessoas, a

¹⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: 2015. p. 150.

¹⁹ OLIVEIRA, op. cit. p. 151.

²⁰ MARINONI, op. cit. p. 37.

²¹ STRECK, op. cit. pp. 40-41.

sua preocupação e responsabilidade pessoal certamente se intensificam. Quando se pensa em termos de precedente, a decisão de hoje não apenas considera o passado, mas também serve de guia para o futuro²².

Não há norma escrita que obrigue qualquer juiz da *common law* seguir precedentes. O respeito às decisões judiciais acontece pelo peso da tradição e pela regra do cotidiano; não há qualquer sanção para punir o juiz que viole a cultura de seguir precedentes anteriores. Trata-se de uma regra construída a partir da cultura do povo anglo-saxão.

Estas condições, por certo, encontram-se balizadas também na doutrina do *stare decisis*, que por sua vez, possui degraus de eficácia das decisões judiciais em relação aos julgamentos posteriores²³. Afirma Marinoni: “o dever jurídico de respeito pode ter a sua intensidade medida ou graduada, variando de um respeito absoluto a um respeito despido de vinculação. Neste sentido, o precedente pode ter eficácias variadas”.²⁴ É com base nestes parâmetros que se projeta a eficácia vinculante nos julgamentos de casos análogos.

Para Lênio Streck, estes degraus se resumem da seguinte maneira:

[...] em um primeiro momento, o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais decisões que lhe devem “obediência hermenêutica”. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre exsurgir a partir da *applicatio*. Do mesmo modo como não existe uma questão de fato e uma questão de direito, também não se pode falar em um precedente sem possibilidade de capilarização sistêmica.²⁵

O precedente só será reconhecido como tal depois de ser balizado com o caso em análise e ocorrer a semelhança qualitativa dos respectivos casos. Mas para isso não basta analisar apenas as questões de fato e fazer a simples menção de serem análogos ou não; é preciso ter um olhar sistêmico entre o direito e os fatos para averiguar a possibilidade daquele caso pretérito virar efetivamente um precedente, pois os casos nunca serão absolutamente os mesmos.

Os motivos da vinculação devem ser encontrados nos próprios precedentes, que não possuem valores próprios caso não estejam amparados de adequada fundamentação. Esta argumentação só terá respaldo quando as questões de fato e direito tiverem sido analisados em conjunto.²⁶

²² MARINONI, op. cit. p. 107

²³ TUCCI, op. cit. p. 100.

²⁴ MARINONI, op. cit. p. 110.

²⁵ STRECK, op. cit. p. 42.

²⁶ RAMIRES, op. cit. 68.

Além destes parâmetros mencionados, o respeito vinculativo aos precedentes também deve ser encontrado nos princípios de direito inerentes ao próprio sistema. Neste sentido, Tucci:

Chief Justice Lord Mansfield, destacado magistrado da segunda metade do século XVIII²⁷, afirmou, em sucessivos julgamentos, que: “O direito da Inglaterra seria mesmo uma estranha ciência se as decisões se fundassem apenas nos precedentes. Na verdade, os precedentes servem para iluminar os princípios e para conferir-lhes estável certeza.”²⁸

Aplicar soluções idênticas a casos idênticos não se trata de matéria fácil, pois não basta apenas replicar uma solução jurídica de um caso pretérito a um futuro por simples “raio-x”. Existem peculiaridades intrínsecas em cada caso, que podem dar ensejo diferente daquele que se esperava dar ao analisar de maneira perfunctória o julgado anterior.

Assim, “embora todo precedente tenha um conteúdo, esse pode ser limitado ou estendido conforme as necessidades dos casos concretos”.²⁹

Até mesmo porque:

[...] nenhum precedente tem a pretensão de ser eternamente válido, há que se ter critérios que, sem violar a confiança justificada, permitam a sua revogação. Tendo em vista que o precedente obrigatório objetiva realizar o direito e tutelar a segurança jurídica, e indispensável tratar da possibilidade de antecipação da revogação de precedente e da modulação dos efeitos da decisão revogatória, de modo a se evitar a aplicação injusta de precedente desgastado e, na segunda hipótese, proteger aquele que acreditou na decisão judicial.³⁰

Para que se consiga revogar ou modular os efeitos de um precedente, obrigatoriamente, precisa buscar o seu significado. Para isso, não basta saber apenas a coisa julgada, e sim as razões que levaram àquela decisão. O melhor lugar para ter conhecimento de um precedente, está na própria fundamentação, na razão de decidir.

Dentro de uma decisão, existem teses jurídicas que darão suporte para resultado final. Entre elas existem as razões de decidir fundamentais e aquelas periféricas que não são decisivas, mas ajudam a somar para desfecho do caso em análise. Na *common law*, essas razões fundamentais são denominadas de *ratio decidendi* e as periféricas de *obiter dictum*.

No próximo tópico, estas expressões oriundas do sistema anglo-saxão serão

²⁷ A máxima citada por José Rogério Cruz e Tucci pode ser encontrada na decisão do caso *Jones v. Randall*, de 1774.

²⁸ TUCCI, op. cit. pp. 101-102.

²⁹ MARINONI, op. cit. p. 212

³⁰ Idem. op. cit. p. 213.

esmiuçadas para melhor entender as técnicas aplicadas na formulação, revogação e modulação de precedentes que sustentam o modelo *stare decisis*.

1.2 Técnicas de aplicação aos precedentes

De início, falar em técnicas de aplicação aos precedentes pode parecer algo mecânico, como uma fórmula matemática, bastando estudar a receita, aplicar aos fatos, para, ao final, obter a solução desejada. Se assim fosse, não existiriam digressões sobre os métodos que os magistrados utilizam para julgar seus casos. Como se verá a seguir, os conceitos dos termos utilizados na *common law* são determinantes para a compreensão do sistema.

Em verdade, o grande problema está na interpretação e identificação destes institutos jurídicos na decisão judicial. “Envolve a descoberta do cerne (*core*) do precedente, que, efetivamente, é a regra (*rule, ratio decidendi*) que deve aplicar-se aos casos subseqüentes. Normalmente, despreza-se muita coisa em um precedente, para reconhecer-se, num certo *miolo*, a regra jurídica”.³¹

Com isto, para se analisar um precedente pretérito, surge a seguinte dúvida: o que é o miolo de um precedente? No sistema *common law*, este miolo é chamado de *ratio decidendi*. Vale dizer: é a parte que vincula os precedentes.

Marinoni explica sobre esse miolo com muita clareza:

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso.³²

A razão de decidir (*ratio decidendi*) será encontrada dentro da própria fundamentação do julgado. Será a parte que dará sustentação aos casos futuros ou então a parte que será retirada do precedente paradigma a ser utilizado como parâmetro na solução do caso concreto.

³¹ WAMBIER, Tereza. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 99, n. 893, p. 35

³² MARINONI, op. cit. p. 220

Para Lênio Streck “é possível dizer que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto”.³³ Mais: “A *ratio decidendi* configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide)”.³⁴

Ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para explicar a decisão proferida; é a parte da decisão que vincula.³⁵

Desse modo, se existe uma razão central dentro dos precedentes, há de existir também aquelas questões que circundam a premissa maior. Para estas questões periféricas, que muitas vezes desprezíveis, o julgador da *common law* as chama de *obiter dictum*.

Assim defende Lênio Streck:

O *obiter dictum* corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda.³⁶

Os juízes quando proferem suas decisões não concentram suas argumentações especialmente no ponto nevrálgico da causa que servirá de premissa para a solução jurídica do caso em análise. Muitas das vezes são utilizadas expressões que apenas somam àquelas que darão o efetivo encaminhamento ao julgado, ou seja, são questões periféricas que apenas tangenciam a razão de decidir.

O *obiter dictum* é aquilo que se diz para complementar a premissa fundamental, é dito de passagem, como mola propulsora da *ratio decidendi*.³⁷

Marinoni, com o intuito de demonstrar as formas do *obiter dictum*, se baseia em Neil Dextrby: “as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou argüir”.³⁸

³³ STRECK; ABOUD. op. cit. p. 43

³⁴ STRECK; ABOUD. op. cit. p. 45

³⁵ WAMBIER, Tereza. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo, RT, 2012. p. 43.

³⁶ STRECK, Lênio. ABOUD, Georges. op. cit. p. 43

³⁷ WAMBIER. op. cit. p. 44.

³⁸ MARINONI. op. cit. pp. 232-233

Há de destacar que o *obiter dictum*, mesmo sendo via marginal para o deslinde da lide, sem possuir qualquer efeito vinculativo para futuros casos, não pode ser descartado, pois servirá de argumento persuasivo, ou seja, terá equivalência de parecer doutrinário na argumentação.³⁹

Por uma conseqüência lógica, a persuasão das questões periféricas que são mais ligadas ao caso ou já foram debatidas pelas Cortes em tempos passados, é muito maior do que aqueles que são ditos de relance sem relação com o caso em análise, que acabam caindo na argumentação excessiva.⁴⁰

Como pode se observar, impossível falar de *ratio*, sem estudar *obiter dictum*. Um está imbricado no outro. É fundamental no *stares decisis* delimitar a distinção entre estes institutos para desvendar a parte do precedente que será vinculante na solução de novos casos com as mesmas premissas fáticas.⁴¹

Quando o julgador se depara com um caso, necessariamente precisa recorrer a *ratio* dos julgados anteriores para ter lastro na sua decisão. É neste ponto que os magistrados encontram dificuldade: encontrar o argumento principal do precedente e aplicar a mesma solução encontrada ao caso concreto similar.

A doutrina da equidade – casos semelhantes tratados da mesma forma – é veemente defendida por Dworkin, que traz o personagem Hércules como o magistrado ideal em um sistema de direito:

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 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.⁴²

O magistrado conseguirá dar autoridade à força gravitacional do precedente com base em princípios justificadores capazes de compor o ordenamento como um todo sem quebras ou emendas. Estes mesmos princípios estarão enquadrados na *ratio decidendi* do precedente.

³⁹ TUCCI. op. cit. p. 124

⁴⁰ MARINONI, op. cit. p. 233

⁴¹ STRECK; ABOUD. op. cit. 45

⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 177

Assim, Maurício Ramires assevera: “a tarefa que se põe à frente dos intérpretes, então, é a de verificar em cada caso presente a sua adequabilidade a uma decisão pretérita, e a sua inserção no “campo gravitacional” de um precedente. [...] Disso decorre a necessidade de se identificar padrões de semelhança principiológica nos casos precedentes e presentes.”⁴³

O juiz, assim, deve levar em conta o que os outros juízes já decidiram no passado, para desvendar o que já foi dito e retirar dali a *ratio decidendi*. Ou seja, o julgado deve estar na composição harmônica dos precedentes passados.⁴⁴

Ramires continua:

Assim é que é míope a banal afirmação do tipo “cada caso é um caso”. Em algum sentido ela é uma afirmação necessária, mas em outro ela ignora como uma decisão jurídica pode converter-se em experiência e significar um acréscimo no horizonte de sentido do intérprete. Não se começa uma interpretação de um *grau zero*, como uma dúvida completa cartesiana; é necessário começar com um horizonte de sentido. Os precedentes funcionam, no direito, como experiências: reduzem o conteúdo “inesperado”. A força gravitacional do precedente, como descrita por Dworkin, é de certa forma uma horizonte de sentido gadameriano, com o qual se lerá o caso presente.⁴⁵

Tal raciocínio demonstra o quão difícil é, para o magistrado, identificar as premissas básicas de um precedente que irão lhe dar suporte para a decisão final. De um lado, não se pode simplesmente espelhar o precedente passado no que está sendo julgado, pois cada caso possui a sua peculiaridade intrínseca, e de outro, não se pode tratar o julgado como ponto fora da curva na básica premissa de que “*cada caso é um caso*” e tentar reinventar o direito, pois existe uma cadeia de produção judicial a ser respeitada.

Diz Marinoni:

No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juízes que estão com o caso nas mãos são obrigados virtude da *ratio decidendi*, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável à parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui *ratio decidendi*, bem como significa *obiter dictum*.⁴⁶

Difícil para o intérprete encontrar a *ratio decidendi* de maneira precisa e, de imediato, vincular ao problema concreto que quer solucionar.

⁴³ RAMIRES, Maurício. op. cit. p. 74

⁴⁴ CAMBI, Eduardo. HELLLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídica. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 39, n. 231, p. 351.

⁴⁵ RAMIRES, op. cit. p. 77

⁴⁶ MARINONI, op. cit. p. 245

Esta atividade, como bem sendo visto, é executada sob o olhar histórico e sistêmico da *common law*. A compreensão da resposta ao caso concreto não se dá numa primeira palavra, em algo vazio, como se nada existisse antes, mas de todo o passado que antecede o presente.⁴⁷

De todo modo é preciso ter coerência nas decisões, sobretudo na escolha da *ratio decidendi*, que irá determinar os futuros julgamentos.

Assim preleciona Bustamante:

Um elemento crucial para a racionalidade de uma teoria é a sua coerência. No caso da justificação de uma decisão judicial, a coerência pode ser analisada de diferentes ângulos. Primeiramente, a teoria construída na justificação da decisão há de ser *internamente* coerente, ou seja, as regras, conceitos, fatos, afirmações, interpretações etc. que constam na fundamentação da sentença devem “fazer sentido em conjunto” (*make sense*), expressando uma ordem de valores ou princípios comuns [MacCormick 1978-a). Em segundo lugar, a teoria da justificação deve ser coerente *com o ordenamento jurídico* como um todo, assim como os princípios fundamentais cuja função é ordenar harmonicamente o Direito. Em terceiro lugar, as *normas adscritas* a partir dessa justificação devem ser também coerentes tanto com o Direito Positivo em geral quanto com as práticas sociais vigentes no espaço físico que vigora esse direito positivo. Em quarto lugar, deve a fundamentação da decisão estar coerente com as evoluções e transformações por que passam o Direito e suas normas ao longo do tempo (coerência diacrônica). E, finalmente, em quinto lugar, a conexão necessária entre Direito e Moral faz com que as normas adscritas dos precedentes devam estar, na máxima medida, coerentes com a própria moralidade crítica.⁴⁸

A imagem que fica é de que a *ratio decidendi* tende a ser buscada na integração e coerência entre os precedentes, pois o sistema não aceita casuísmos. O magistrado tem a liberdade de não seguir a história, mas a tradição neste estilo de julgamento é tão grande que, se o juiz produzir uma decisão pautada na individualidade e unicidade, não terá o devido respeito dos profissionais de direito e do jurisdicionado.

Em linhas práticas, o juiz que decide, decide um caso concreto com base em um precedente de mesmas premissas. A partir daí se retira a *ratio decidendi* e aplica ao caso que está sendo julgado reprisando o precedente, com a indivisibilidade do direito e fato, visto que uma coisa está ligada a outra.

“Todavia, a inexorável evolução do direito determinada pela dinâmica social dos países que se orientam pela *doctrine of binding precedent* permite que, em certas circunstâncias, venha oposta exceção à referida regra”.⁴⁹

Esta exceção dá a liberdade ao direito para acompanhar a evolução da

⁴⁷ RAMIRES, op. cit. p. 95

⁴⁸ BUSTAMANTE, op. cit. 354.

⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. p. 108

sociedade. Para isso, o juiz precisa analisar a *ratio decidendi* do precedente paradigma e sopesar com as novas tendências da sociedade para julgar o caso atual, ou seja, caso a razão de decidir não tenha mais autoridade para servir de regra a julgamento futuros, ele é abandonado por uma nova norma instituída. Este fenômeno é chamado de *overruling*.

Este instituto é utilizado para revogar o precedente anterior. Neste caso, as premissas fáticas e jurídicas são as mesmas, mas mesmo assim abandona o precedente até então paradigma.

Overruling, portanto, é o método de trabalho de juízes de tribunais onde, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decide-se por cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente.⁵⁰

Este instituto é extremamente necessário, sob pena de congelar o direito. Assim, o jurisdicionado tem a segurança de que o direito produzido pelos juízes poderá evoluir a medida que a sociedade avança em seus novos conceitos e novos comportamentos. Quer dizer: revoga-se o precedente quando deixa de fazer sentido no contexto que está inserido. Sem essa possibilidade, o direito ficaria engessado, sem capacidade para evoluir.

Esta técnica tem um discurso de justificação que resulta na derrogação da regra antes utilizada.⁵¹ Por esse motivo, quando esta prática acontece, é sempre cobrada quando não aplicada em critérios razoáveis.⁵²

Com base em Patrícia Perrone Campos Mello, Tucci aponta que o “precedente judicial perde normalmente a seu *status* quando (a) desponta contraditório; (b) torna-se ultrapassado; (c) é colhido pela obsolescência em virtude de mutações jurídicas; ou, ainda, (d) encontra-se equivocado”.⁵³

Portanto, quando houver perda da congruência social ou incoerência sistêmica, faz-se necessária a revogação de um precedente. Neste sentido diz Marinoni:

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essa proposições aparecem no raciocínio do *common law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração, para a aplicação ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam um conduta como certa ou errada a partir do consenso geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação

⁵⁰ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo Civil Brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo. RT, 2012. p. 569.

⁵¹ BUSTAMANTE. op. cit. p. 388.

⁵² MARINONI. op. cit. 388.

⁵³ TUCCI. op. cit. 108.

boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais.⁵⁴

Assim, desde que esta revogação esteja com robusta justificativa, não há prejuízo à segurança jurídica do jurisdicionado ou estabilidade do sistema, pois o respeito e a coerência estarão acompanhados com a evolução do direito.

Esta ferramenta é de grande valia para o magistrado acompanhar as tendências da sociedade. Acontece que não é a única técnica de julgamento. Há outra lastreada na diferenciação das situações fáticas entre precedentes que será visto no tópico seguinte que existe basicamente para afastar o caso paradigma, mas não revoga como o *overruling*.

1.3 *Distinguishing*: conceito, aplicação e procedimentos relacionados

Como vem sendo visto, os precedentes na *common law* precisam ser respeitados por força da vinculação do *stare decisis*. O ponto chave para se compreender o precedente é identificar sua *ratio decidendi*, separando do *obiter dictum*, seja para fundamentar o caso ou então abandoná-lo por via do *overruling*.

Há também uma segunda técnica que não tem o condão de revogar a norma extraída do precedente, mas sim afastá-lo por não possuir semelhanças do caso concreto em julgamento. Os profissionais do direito da *common law* chamam esta técnica de *distinguishing*.

O *distinguishing* pode ser definido como o ato de comparar, constatar diferença e afastar a aplicação vinculante do precedente;⁵⁵ é a técnica que demonstra as diferenças entre os fatos do precedente com os fatos do caso concreto sob julgamento; é o elemento que coteja o caso posto em análise com o precedente para averiguar se poderá ser utilizado como paradigma.⁵⁶ Em suma, trata-se de uma diferenciação ou distinção de casos.

Bustamante resume em um parágrafo a conceituação de *distinguishing*:

A técnica do *distinguish* é um dos elementos característicos do *common law*, mas tende a se expandir cada vez mais para outros domínios e tradições jurídicas. Quanto mais rígida seja a aderência ao precedente judicial, mais freqüente será seu emprego.

⁵⁴ MARINONI. op. cit. 388.

⁵⁵ CAMARGO. op. cit. 568.

⁵⁶ JÚNIOR. Eraldo Ramos Tavares. Juizados Especiais, Precedente Judicial e a importância do relatório: uma homenagem a este desprestigiado elemento da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 222, p. 207

Como vimos, o *distinguish* pode ser descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica em seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada –, mas apenas sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas conseqüências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência.⁵⁷

Com isto pode-se notar com clareza a diferença entre a técnica que revoga o precedente anterior (*overruling*), com a que apenas afasta (*distinguishing*). Este precedente afastado ainda permanece em vigor, o qual poderá ser utilizado num futuro caso que venha coincidir as premissas fundamentais.

Em realidade, quanto maior a diferenciação entre precedentes, menor é a incidência de revogação de precedentes. Nesta linha de raciocínio, afirma Pedro Reschke:

Quanto mais forte é a noção de *stare decisis* que opere sobre um determinado sistema – ou seja, quanto menos propensos a revogar precedentes estiverem os tribunais – mais importância ganha o *distinguishing*, tanto como técnica utilizada pelos advogados, para defender seus pontos de vista, como pelo juiz, para afastar um precedente que, apesar de válido para a situação concreta em que foi proferido, não deve se aplicar ao caso em análise, em virtude de alguma peculiaridade fática do novo caso.⁵⁸

A noção prática destas técnicas que ocorrem diariamente no *stare decisis* deve ser levada como fonte de segurança e previsibilidade do direito. Para isso é necessário coerência nos requisitos da aplicação do *overruling* ou *distinguishing*. Muitas vezes os profissionais do direito por não entenderem ou não aplicarem corretamente estas técnicas, maculam todo o sistema.

Dentro destas técnicas, existe também, por falta de certeza ou confiança na tomada de posição quanto ao novo entendimento, um *distinguishing* inconsistente que serve para evitar o emprego do *overruling*. Quer dizer: uma distinção incompatível com as razões do precedente. Os profissionais do direito, ainda inseguros, justificam esta prática com base na segurança jurídica e estabilidade do sistema. Portanto, esta distinção simulada constitui uma espécie de passo provisório para a revogação total do precedente e não o afastamento propriamente dito.⁵⁹

⁵⁷ BUSTAMANTE. op. cit. p.470.

⁵⁸ RESCHKE, Pedro Henrique. Distinção entre precedentes: perspectivas para a construção de uma teoria do *distinguishing* adequado ao direito Brasileiro. Projeto de dissertação de mestrado. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

⁵⁹ MARINONI. op. cit. 332.

Nos Estados Unidos, por exemplo, para evitar este método de *distinguishing* simulada, criou-se uma técnica de sinalização que fica entre afastar e revogar o precedente, chamada de *technique of signaling*. Nesta hipótese, a Corte não ignora ou revoga a *ratio decidendi* do precedente, mas apenas aponta a perda de consistência e sinaliza para a futura revogação. Neste caso, o próprio Tribunal tem consciência que a distinção de casos não guardaria lógica na manutenção do precedente.⁶⁰

De toda forma, o autêntico *distinguishing* se tornará inevitável quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja por não haver semelhança entre os fatos fundamentais que estão sendo discutidos, ou então, por até existir alguma proximidade, mas há alguma peculiaridade de maior relevância capaz de afastar o precedente paradigma.⁶¹ Em outras palavras, para aplicar a distinção entre casos, não basta apenas fazer uma comparação entre duas situações de fato ao ponto de ser suficiente para o profissional de direito da *common law*, encontrar a solução jurídica.

É preciso identificar o ponto efetivamente nuclear do precedente invocado de modo a possibilitar ou não o seu enquadramento ao caso em exame, pois, como sempre há uma ou outra minúcia a distinguir dois processos, a imposição da condição de ocorrência de exata, total e irrestrita similitude entre novo caso e casos paradigma, inviabilizaria totalmente o sistema de respeito aos precedentes.⁶²

O *distinguishing* vai muito além da simples diferenciação de casos. Por isso é importante a integração do sistema *common law* entre seus conceitos e aplicação prática das técnicas. Não basta, por exemplo, padronizar uma resposta para distinguir um caso do outro, mas sim ter um olhar sistêmico da decisão. Vale dizer: encontrar a *ratio decidendi*, observar até que ponto o *obiter dictum* poderá influenciar na solução final, para depois aplicar a distinção ou não sob um minucioso quadro comparativo.

Em verdade, é preciso com base em perguntas e respostas, identificar a cadeia principiológica dos julgados anteriores para encontrar a semelhança ou diferença entre os precedentes.⁶³

Exceções à aplicação das regras jurídicas são formuladas a partir da ponderação racional de princípios, por meio de uma valoração que determinará se é possível, ou não, estabelecer uma exceção para a regra autoritariamente integrada ao sistema jurídico.⁶⁴

⁶⁰ Idem. op. cit. 334.

⁶¹ JR, Fred Didier. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil. Salvador:** Ed. JusPodivm, 2015. p. 491.

⁶² CAMARGO, op. cit. p. 565.

⁶³ RAMIRES, op. cit. p. 137.

⁶⁴ BUSTAMANTE, op. cit. p. 477.

Assim, na aplicação dos precedentes judiciais, inicialmente, o juiz deverá verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve se valer de método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houve aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores. [...] O *distinguishing*, pois, revela a demonstração das diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento.⁶⁵

Essa é a demonstração de que não se pode ter uma dependência inconsciente ou isolada das decisões anteriores. A integração entre decisões é que levará à aplicação correta do *distinguishing*.

Claro que poderá ocorrer variações nesta simbiose de decisões. A Corte, por exemplo, poderá estender um princípio além do limite do caso antecedente. Além disso, poderá também, nesta aplicação de princípios, restringir ou ampliar a interpretação, ou até mesmo aplicar um precedente diverso sobre aquele que está sendo analisado.⁶⁶

Nesta restrição ou ampliação, o juiz da *common law* deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Procede-se, em seguida, ao exame da *ratio decidendi* do precedente. Dependendo da postura do juiz, pode ser interpretado de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*).⁶⁷

Estas definições que saem da linearidade ajudam a introduzir questões relativas aos precedentes que não são, de plano, visualizadas. Com base em Gadamer, diz Ramires: “Toda a diferença talvez não passe de uma questão de critério. Se quisermos alcançar o que é verdadeiramente próprio, não podemos um eleger um critério demasiadamente estreito”.⁶⁸

A doutrina da *common law* é pródiga em ilustrações disso. Frederick Schauer, por exemplo, diz que, caso se decida que é permitido ao dono de um cão preto andar em uma calçada, também deve ser garantido ao dono de um cão marrom ou vermelho andar na mesma calçada. Se a ler demasiado estreita (caos pretos são permitidos), o intérprete não alcançará o que é próprio da decisão: o padrão de diferença/semelhança relevante é o cão, não a cor preta. Por isso Schauer aponta que não deve ser permitido ao dono de um carro preto andar com carro sobre a calçada.⁶⁹

As ampliações ou restrições estão limitadas no espectro qualitativo da

⁶⁵ JÚNIOR. op. cit. p. 208

⁶⁶ TUCCI. op. cit. p. 68.

⁶⁷ TUCCI. op. cit. p. 68.

⁶⁸ RAMIRES. op. cit. 77

⁶⁹ Idem.

decisão. É necessário entender a linha de raciocínio do precedente paradigma para encontrar a norma principal do julgado e, posteriormente, aplicar as relativizações do *distinguishing*.

De todo modo, a extensão ou a limitação do alcance dos precedentes constituem forma de comparação com os novos casos, para então, torná-los adequados à solução de realidades diferentes. Só assim, os precedentes conseguem alcançar significado e força, se adaptando, sem rupturas, às situações que surgem à medida que o tempo passa.⁷⁰

Estas flexibilizações do *distinguishing*, dependem de justificativa de uma pauta racional na identificação dos critérios que formarão a base do julgamento. As diferenças fáticas entre casos, nem sempre são suficientes para concluir a inutilidade do precedente. Existem fatos que não são pacientes de tornar casos desiguais. É necessário que o magistrado aponte a diferença material apta a isolar o precedente paradigma do caso que está sendo julgado.⁷¹ Para instaurar o *distinguishing*, é preciso fazer uma análise prévia para averiguar se existem regras colidentes entre si. Cumpre, em realidade, fazer uma interpretação teológica, com o intuito de extrair o maior rendimento possível.⁷²

Toda esta atenção ao *distinguishing* é para evitar qualquer aplicação errada. A maneira mais sutil de iniciar uma sucessão de erros é aquela quando o magistrado afasta o precedente do caso em análise por possuir um maior número de fatos materiais. Marinoni traz um exemplo altamente didático: se a Corte, em *Black v. Black* decide x , diante os fatos a , b e c , o mesmo deve esperar para *White v. White*, que também possui a , b e c como fatos operativos. Agora se em *Grey v. Grey*, possui como fatos, a , b , c e f , há uma nova condição para ter o mesmo resultado x dos dois julgamentos anteriores. Há, portanto, neste último caso, uma *ratio decidendi* limitada em relação aquela de *Black v. Black*. O problema é utilizar esta última *ratio* como regra principal para todos os julgamentos futuros sem o fato material f , iniciando uma sucessão de equívocos.⁷³

Diante disso, indaga-se quando se permite esta modalidade de *distinguishing*, em que se corrige o precedente para se abarcar um caso constituído por fato antes não previsto. O *distinguishing* apenas é viável quando o novo fato não é incompatível com o resultado a que chegou no precedente. Este fato, combinado com aqueles presentes no caso anterior, deve justificar o ajuste do precedente ao caso sob julgamento. Assim, se o fato antes ignorado, ao ser considerado, exige resultado contrário ao firmado no precedente, a *ratio decidendi* não estará sendo

⁷⁰ MARINONI. op. cit. 330.

⁷¹ Idem. op. cit. p. 326.

⁷² NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo. RT, 2012. p. 271.

⁷³ MARINONI, op. cit. p 328.

adequadamente ajustada. Nesta hipótese, o precedente não poderá ser legitimamente aplicado mediante a técnica do *distinguishing*.⁷⁴

Por isso, é imprescindível a análise da *ratio decidendi* da decisão paradigma com base no contexto cultural, social e político, situando-a no tempo e no espaço, para aplicar a solução mais adequada ao momento que a sociedade atravessa, seja na distinção ou revogação de entendimento.⁷⁵ Só com esta análise sistêmica que se terá uma decisão capaz de alcançar o respeito do jurisdicionado e até mesmo dos profissionais do direito, mesmo que seja contra os interesses deles.

Toda essa preocupação na interpretação de precedentes é para aplicar corretamente as técnicas de julgamento e, assim, trazer previsibilidade às decisões. Caso contrário, o sistema não se torna capaz de trazer unidade ao direito, ensejando em condutas variadas e imprevisíveis, ou seja, violando a premissa fundamental do *stare decisis*: vinculação de precedentes.⁷⁶

Com isto, fecha-se o primeiro capítulo que, em linhas gerais, esboçou o sistema *common law* e suas peculiaridades. Toda história da *common law*, foi pautada na própria cultura e tradição do povo anglo-saxão, fatores que, indiscutivelmente, atuam até os dias de hoje.

O segundo capítulo será destinado ao estudo do Tribunal Superior Eleitoral como tribunal de sobreposição da justiça eleitoral brasileira, o qual tem por função principal unificar o entendimento jurisprudencial do direito eleitoral.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA; op. cit. p. 492.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 104-105.

CAPÍTULO 2

O TSE COMO CORTE DE UNIFORMIZAÇÃO

O capítulo anterior esboçou a operacionalidade do sistema *common law*. Ficou claro que a principal fonte de direito é o próprio precedente. Sem entender a verdadeira concepção de precedentes, impossível falar de uniformização de jurisprudência, técnicas de julgamentos e tribunais superiores no Brasil.

Muito embora o Brasil não esteja enquadrado no sistema *common law*, a atual produção legislativa reflete uma clara intenção em fortalecer o papel dos precedentes no Brasil.

Por isso, neste capítulo, a intenção é entender o funcionamento da justiça eleitoral brasileira e, principalmente, as funções do Tribunal Superior Eleitoral como corte de sobreposição inserido no sistema *civil law*. Além disso, será esmiuçado o seu importante papel de unificar a jurisprudência dos tribunais regionais eleitorais e entendimentos de juízes de primeira instância, visando a segurança jurídica que deve ser dada aos jurisdicionados.

2.1 A evolução da justiça eleitoral no Brasil

A evolução da história eleitoral no Brasil está diretamente ligada à própria história brasileira. Ela acompanha o descobrimento do País até a atual democracia. Em verdade, como será visto adiante, a justiça eleitoral foi criada apenas em 1932, entretanto, o direito de votar e ser votado sempre existiu no Brasil.

A justiça eleitoral ganhou autonomia apenas com a consolidação da Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Foi nesse momento que o Direito Eleitoral ganhou corpo e se fortaleceu como peça indispensável para a maturidade da democracia Brasileira.

Mais de 500 anos separam o início da civilização brasileira do atual momento político. Desde o início em 1500, já existiam eleições nas repúblicas das vilas e cidades brasileiras. A história, na maioria das vezes, dá ênfase para a Monarquia de Portugal – atos dos reis, governadores-gerais e etc – e deixa de procurar a história do povo nestas searas

que dão a verdadeira origem das eleições no Brasil.⁷⁷

As eleições obedeciam às Ordens do Reino, sendo, portanto, semelhantes às realizadas em Portugal. Mas as determinações dos reis de Portugal dificilmente atingia todos os estados, províncias e vilas. Em cidades como o Rio de Janeiro, São Luís e Recife, as eleições chegavam a ser direcionadas em algumas câmaras em particular, onde o voto ficou a uma parcela privilegiada da população.⁷⁸

Pode-se perceber que as ordenações do Reino de Portugal formularam o primeiro Código Eleitoral do País. As grandes cidades como Salvador e Rio de Janeiro, por serem mais fáceis de controlar, acabavam ficando diretamente nas mãos dos portugueses, separando, desde já, as pessoas privilegiadas que teriam aptidão para exercer o direito de voto. Já as vilas e povoados mais distantes, ainda que seguissem também as regras da Coroa Portuguesa, tinham mais autonomia para votar e ser votado. Quer dizer: não tinham grandes restrições e se organizavam de acordo com a própria estrutura interna.

Lembra Henrique Neves da Silva que “antes de 1822, conheciam-se apenas as eleições para os Conselhos ou Câmaras que, em alguns casos, recebiam título de Senado da Câmara”.⁷⁹ Estes conselhos eram compostos por oficiais, procuradores, vereadores e juízes. Os oficiais eram servidores públicos que executavam trabalhos manuais; o legislativo era composto por vereadores e juízes – a presidência era constituída apenas por juízes; já o executivo era exercido pelos procuradores, que cuidavam das obras públicas.⁸⁰ Este foi o cenário que reinou no Brasil no período das capitanias hereditárias.

A primeira eleição que abrangeu todo o território nacional foi apenas em 1821, após a eclosão da Revolução Liberal em Portugal que acabou surtindo efeitos no Brasil, como por exemplo, a saída de D. João VI do comando das terras brasileiras. Com isto, foram eleitos os deputados às Cortes Gerais de Lisboa, sendo eleitos por eleitores de Portugal, Alvargues e Brasil, os quais seriam responsáveis por aprovar a primeira carta constitucional da Monarquia Portuguesa, já que até então não existia. Assim, para pautar as eleições, foi utilizada a Constituição Espanhola de 1812, com algumas pequenas alterações voltadas para as peculiaridades do reino português; o Brasil teve direito a eleger 72 parlamentares para

⁷⁷ FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. Sec. de doc. e inf. TSE, 2005. pp. 27-28

⁷⁸ SOUSA, Edvaldo Ramos e. **A justiça eleitoral de 1932 ao voto eletrônico**. Ed. Infobook S.A., 1996. p. 17.

⁷⁹ SILVA, Henrique Neves da. A Justiça Eleitoral – Breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções de competência. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: 2010. Biblioteca digital Fórum de Direito Público. p. 3.

⁸⁰ FERREIRA. op. cit. pp. 28-29.

compor a Corte de Lisboa.⁸¹

Posteriormente, no curto espaço de 1 ano, com a saída de D. João VI, ocorreu no Brasil mais duas eleições gerais: escolha de representantes para juntas provisórias e também para o Conselho de Procuradores Gerais das Províncias do Brasil.⁸² Desde aquela época, o Brasil já possuía o costume de criar novos cargos para o fim de burocratizar a máquina estatal e favorecer aqueles próximos ao governo.

Apenas em junho de 1822, houve a primeira convocação da história brasileira por D. Pedro I, para uma Assembleia Constituinte e Legislativa composta por deputados. A escolha destes parlamentares foi guiada pela 1ª Lei Eleitoral criada exaustivamente no Brasil, com redação simples e acessível. O sistema de votação era indireto e em dois turnos: primeiro tinha participação direta do povo para escolher o eleitor e, posteriormente, o eleitor eleito era o cidadão apto a escolher o deputado.⁸³

Após a independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, realizou-se uma assembleia constituinte nacional, sendo então, outorgada a primeira Constituição brasileira em 1824.

Assevera Thales Cerqueira:

Corolário, em 25 de março de 1824, D. Pedro I *outorgou* ao povo brasileiro sua primeira Constituição política. A Constituição monárquica exigia, como requisitos para o direito ao sufrágio, idade superior a vinte e cinco anos, salvo exceções para vinte e um anos, e renda mínima, sendo que 04 de maio de 1842 nova lei disciplinou o alistamento prévio e a eleição das Mesas, proibindo o voto por procuração. Até 1875 não existia título de eleitor no Brasil, sendo votante identificado pelos membros da Mesa ou pelos circundantes, não precisando relatar que a corrupção nesta época já era noticiada. Em 12 de janeiro de 1876, pelo Decreto nº 6.097, houve a regulamentação do título de eleitor.⁸⁴

A Constituição de 1824 marca o início da constitucionalização brasileira. Até então as leis maiores que vigoravam no país eram as ordenações de Portugal e até mesmo a Constituição da Espanha de 1812. Por conseqüência, ainda permaneceram implicitamente nas novas normas brasileiras sob o olhar retrospectivo de quem as aplicava. Além disso, merece destaque o procedimento adotado nas eleições, que ainda muito frágil, propiciou, desde aquela época, a corrupção.

⁸¹ SOUSA, op. cit. pp. 17-18.

⁸² FERREIRA, op. cit. pp. 61-62.

⁸³ SILVA, op. cit. p. 3.

⁸⁴ CERQUEIRA, Thales T. P. L. de Pádua. **Preleções de Direito Eleitoral: Direito Material**. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2006. p. 95.

Apenas em 1846 começou a preocupação com a moralização e eficiência na realização das eleições. Pela primeira vez, o parlamento tomou a frente e criou uma nova lei eleitoral, que, de forma pioneira, adotou uma data simultânea para todas as eleições do Império e, revogou todas as passadas dando uma nova faceta para o pleito brasileiro. Em seguida, em 1855, a chamada Lei dos Círculos surgiu para dividir as províncias em distritos eleitorais. Cada distrito poderia eleger apenas um deputado, como no sistema de círculos criado na França e utilizado nos Estados Unidos e Inglaterra.⁸⁵

Em 1875, com a lei do terço, praticamente 30 anos depois, houve alterações significativas na lei eleitoral de 1846. Ocorreu a formação de juntas paroquiais de qualificação de eleitores, responsáveis por receber as queixas, denúncias e reclamações. Além disso, pela primeira vez a justiça assumia atribuições importantes no processo eleitoral. O juiz de direito passou a ser o ator principal no reconhecimento da validade e nulidade de uma eleição. Não só isso: houve a criação do título de eleitor no Brasil, pois até então, os eleitores eram reconhecidos pelos membros da mesa.⁸⁶

Na seqüência, em 1881, D. Pedro II instituiu a lei Saraiva, redigida por Rui Barbosa, a qual “foi eleita a melhor legislação do Império, pois revolucionou o sistema, estabelecendo eleições diretas, voto secreto, o alistamento preparado pela justiça e a repristinação das eleições distritais”.⁸⁷ Quer dizer: foram 60 anos de eleições indiretas no país, desde a primeira lei de 1821. A partir de então, as eleições passaram a ser diretas e o Poder Judiciário se tornou fundamental na realização das eleições, responsável pelo alistamento dos eleitores e apuração dos votos.

Com o fim do império em 1889, inicia-se um novo ciclo da legislação eleitoral brasileira. A proclamação da república traz uma nova concepção para o estado brasileiro. Entretanto, apesar da Constituição de 1891 ter sido promulgada pelo Congresso Constituinte, o início da República não seguiu a mesma unidade nacional que o Império forcejou em manter por longos anos.

A República foi um regime outorgado ao povo brasileiro. Aliás, os regimes políticos no Brasil nunca foram submetidos à escolha do povo. A este, sempre, só foi dado escolher os dirigentes dos regimes recém-inaugurados. Os republicanos de 89 temiam que as primeiras eleições para escolha dos representantes do povo à Constituinte fosse transformada em consulta popular, pois poderia ser eleita uma maioria monarquista. [...]

⁸⁵ SOUSA. op. cit. p. 18.

⁸⁶ SOUSA. op. cit. p. 19.

⁸⁷ CERQUEIRA. op. cit. p. 96.

Os implantadores da República ignoravam completamente aquele extraordinário esforço dos estadistas do Império. De um dia para o outro, os republicanos demoliram completamente a estrutura em que se baseava a unidade política brasileira, com o fim de, sob os seus escombros, erigir um novo edifício político-social inteiramente moldado pelas instituições norte-americanas. [...]

O povo brasileiro foi submetido ao mais violento impacto que podia ser produzido por uma revolução que subverteu nas suas bases um regime político, uma estrutura política sobre a qual repousava solidamente a unidade nacional. Naqueles dias tumultuosos, se o Brasil não se subdividiu em republiquetas independentes, pode-se atribuir tal fato não a um milagre, mas sim à verdadeira vocação que tem para a unidade o povo brasileiro. O que não obstou que a atitude anti-histórica dos republicanos fosse a responsável pelos males sofridos pelo país até os dias de hoje, durante mais de meio século, portanto.⁸⁸

A República surgiu com o discurso de trazer o povo para o governo, mas em verdade, despontou revestida de elitismo e coronelismo. O modelo apresentado com base no Estado Norte Americano ficou totalmente desvirtuado. Tudo isso por uma questão muito simples: a República dos Estados Unidos não surgiu do dia para a noite como no Brasil, e sim, por uma longa história conquistada ao longo do tempo.

Por esse motivo, sem tempo de amadurecimento, as décadas posteriores em nosso país foram marcadas pelo alto grau de corrupção e seletividade, a qual ficou conhecida como a República do Café com Leite ou República Velha. O eixo do poder ficou concentrado em Minas Gerais e, principalmente, São Paulo por fazendeiros e pecuaristas.⁸⁹

As eleições brasileiras, no período de 1889 a 1930, foram conhecidas como “eleições a bico de pena”. Quer dizer: as eleições eram organizadas pelos próprios participantes do poder, os mesmos responsáveis pela criação das atas eleitorais e pela apuração dos votos. E, por este voto ser aberto, ocorria ali, um incentivo implícito a fraude e a corrupção, enfraquecendo naquela época o Direito Eleitoral Brasileiro. Por todas estas circunstâncias, surgiu o conhecido “voto de cabresto”, expressão popular que significa o voto obrigado ou coagido dos eleitores por seus patrões.⁹⁰

Este período inicial da República Brasileira deixou marcas que podem ser vistas até o presente momento. O coronelismo e a oligarquia ainda persistem de forma velada em várias regiões brasileiras. Entretanto, formalmente, acabaram com a chegada de Getúlio Vargas em 1930. A democracia clamava por uma mudança de costumes políticos. Foi neste momento que manou a revolução de 1932 em São Paulo que levou a efeito em todo o Brasil,

⁸⁸ FERREIRA. op.cit. pp. 256 e 287/288

⁸⁹ PRIORE, Mary Del; VENANCIO, Renato. **Uma breve história do Brasil**. Ed. Planeta do Brasil. São Paulo, 2010. pp. 244.

⁹⁰ CERQUEIRA. op. cit. pp. 96/97.

o qual conquistou um importante espaço para a Justiça Eleitoral Brasileira, sendo criado, por consequência, neste mesmo ano, o primeiro Código Eleitoral Brasileiro.

A instituição deste Código marcou a criação da federalização de uma verdadeira Justiça Eleitoral livre e independente. Não só isso: instituiu o voto universal, secreto e obrigatório, incorporando, pela primeira vez, o voto feminino. O fortalecimento desse clima foi favorecido por um contexto de rápidas e profundas alterações da sociedade, que demonstrou o seu poder de pressão diante a própria necessidade histórica.⁹¹

Ao longo de sua história há marcas visíveis na construção democrática brasileira, e outras invisíveis, porém, marcantes na elaboração democrática. A Justiça Eleitoral nasceu dos ideais da Revolução de 1930, como tema central – a verdade eleitoral, propugnada por seus arautos, indignados com o passado de acertos políticos e eleitorais dos grupos dominantes. O voto era mera exibição democrática, pois, as conveniências administravam as vitórias e decidiam os pleitos. A criação de uma justiça exclusiva para o processo eleitoral foi uma das soluções, pois, a administração da eleição fica entregue às mãos isentas da Justiça, e não dos chefes políticos, administradores das candidaturas, dos votos, dos resultados e da indicação dos eleitos.⁹²

O ano de 1932 deixa um marco para o Brasil. A criação da Justiça Eleitoral Brasileira, inclusive do Tribunal Superior Eleitoral, que, até hoje, é responsável por unificar entendimentos e trazer a segurança jurídica ao político e ao eleitor, ilustra a vontade de mudança instaurada na sociedade em relação as décadas passadas.

De todo modo, a Justiça Eleitoral se consagrou como parte integrante do poder judiciário brasileiro apenas na Constituição de 1946, a mesma data do restabelecimento do TSE, depois do apagar das luzes do Estado Novo, comandado por Getúlio Vargas, que na época acabou concentrando todo o poder no executivo, momento que derrubou a autonomia de instituições e suprimiu, inclusive, a Justiça Eleitoral, a mesma Justiça que posteriormente proclamou a vitória do próprio Vargas em 1950, de Juscelino em 1955 e de Jânio em 1960.⁹³

Com a instauração da Ditadura Militar em 1964, a democracia foi extinta. Por mais de 24 anos o Brasil ficou sem eleições diretas para presidente, governadores e prefeitos de capitais. O regime militar editou inúmeros Atos Institucionais, os quais cassaram partidos e parlamentares eleitos pelo povo. Por isso e tantos outros motivos, a Justiça Eleitoral teve suas funções reduzidas.

Neste sentido, ilustra Roberto Rosas:

⁹¹ SOUSA. op. cit. pp. 22/23

⁹² ROSAS, Roberto. Justiça Eleitoral: modelo e importância. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: 1999. n. 27. p. 45

⁹³ SOUSA. op. cit. p. 32.

Após a eleição direta presidencial de 1960 houve grande hiato, pois, somente em 1989 realizou-se eleição direta presidencial. Assinale-se, que o Ato Institucional n.2 de 1965 extinguiu os partidos políticos, causando enorme prejuízo ao sistema político, pois, nunca mais houve a realização permanente dos autênticos partidos políticos, somente melhorando com a eleição geral de 1986, quando grande número de partidos disputou aquele pleito, então dando grande abertura para novo quadro eleitoral.⁹⁴

A Justiça Eleitoral, ao contrário do Estado Novo, não foi suprimida, porém sofreu drástica redução na sua atuação. Além disso, a sua estrutura foi modificada de acordo com os interesses dos militares, como por exemplo, a mudança de critérios para a escolha dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral.

A década de 80 foi marcada pelo final da ditadura militar. Foi um período de crise, entretanto, de mudanças da sociedade brasileira. Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal que vigora até os dias atuais; a mais importante de todas as constituições brasileiras.

A Constituição de 1988 manteve a Justiça Eleitoral como parte integrante do Judiciário. Quer dizer: o controle das eleições de hoje são judiciais e não apenas administrativos, como nas juntas em época de Império. A tradição foi mantida quanto o caráter transitório de seus membros, o que dá certo hibridismo em relação ao sistema tradicional. Os princípios da vitaliciedade e inamovibilidade do magistrado são mitigados à medida que não possuem permanência irrestrita, e sim por mandatos, dando renovação política aos julgadores.⁹⁵

Além disso, a Constituição fixou a estrutura da Justiça eleitoral especificando em órgãos, conforme preleciona o art. 118:

Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:

- I - o Tribunal Superior Eleitoral;
- II - os Tribunais Regionais Eleitorais;
- III - os Juízes Eleitorais;
- IV - as Juntas Eleitorais⁹⁶

Em tempos de reflexão e evolução do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, o Tribunal Superior Eleitoral, órgão máximo da Justiça Eleitoral Brasileira, surge como um personagem importantíssimo para a construção de uma democracia que traga segurança para a população; é o Tribunal que determina as diretrizes das eleições, como

⁹⁴ ROSAS, op. cit. 45

⁹⁵ ROSAS. op. cit. p. 46.

⁹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

também, responsável pela uniformização de jurisprudência da Justiça Eleitoral.

A história eleitoral brasileira sofreu enormes alterações ao longo do tempo, que com suas adversidades, refletem a difícil e emblemática trajetória do povo brasileiro em direção a democracia. O ano de 1988 separa com muita clareza um novo Brasil. Por mais que a democracia esteja ainda na juventude com seus 27 anos de existência e em momento de debate, muitos avanços foram conquistados. Nossas eleições, por exemplo, são consideradas umas das mais seguras do mundo.

É nítida a evolução e amadurecimento da Justiça Eleitoral Brasileira. Hoje, como justiça especializada, assume um importante papel na democracia do País, seja na organização de eleições ou nas decisões proferidas. Por isso, indispensável a efetiva atuação do Tribunal Superior Eleitoral, responsável pelas diretrizes do direito eleitoral brasileiro.

2.2 Estrutura, composição e funções do TSE

A história da justiça eleitoral trouxe o aperfeiçoamento e mudanças do próprio Direito Eleitoral e, por esse motivo, antes de invadir as funções e atuações do Tribunal Superior Eleitoral, é necessário fazer uma análise desta matéria que se discute na Corte Eleitoral.

O Direito Eleitoral é uma extensão do Direito Público que tem por objeto institutos, normas e procedimentos que regulamentam direitos políticos; ele normatiza o exercício das eleições com o intuito de concretizar a soberania popular; é o ramo do direito que torna autêntico o mandato, a representação popular e o exercício do poder político. O Direito Eleitoral é justificado pelo próprio Estado Democrático de Direito.⁹⁷

Nesta linha de raciocínio, afirma Thales Cerqueira:

Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público (Direito Constitucional) que vista o direito ao sufrágio, a saber, o direito público subjetivo de natureza política que confere ao cidadão a capacidade eleitoral ativa (de eleger outrem – direito de votar – alistabilidade) e capacidade eleitoral passiva (de ser eleito – elegibilidade), bem como o direito de participar do governo e sujeitar-se à filiação, à organização partidária e aos procedimentos criminais e cíveis (inclusive regras de votação, apuração etc.) e, em especial, à preparação, regulamentação, organização e apuração das eleições.⁹⁸

Não existe democracia sem Direito Eleitoral. Esta é a área do direito que

⁹⁷ GOMES. José Jairo. **Direito Eleitoral**. Editora Atlas. São Paulo, 2014. pp. 21-22.

⁹⁸ CERQUEIRA. op. cit. p. 113.

garante a resposta aos interesses políticos da sociedade. Não só isso, mas imprime, também, deveres que devem ser cumpridos como forma de participação legítima da construção do governo constitucional, pautados pela ética e moral, influenciando na formação da cultura da comunidade cívica.

Tudo isto parte da própria construção histórica brasileira que foi capaz de criar uma Justiça Especializada para dirimir apenas questões eleitorais devido a sua relevância na manutenção e evolução do Brasil como Estado Democrático de Direito.

A atual estrutura da Justiça Eleitoral especifica em órgãos e mantém uma pirâmide hierárquica, modelo criado em 1934. “No ápice, o Tribunal Superior Eleitoral; no corpo, os tribunais regionais eleitorais; e na base, os juízes eleitorais. As juntas eleitorais, órgãos temporários criados para apurar eleições, com a adoção dos sistemas informatizados de eleições, tiveram seus trabalhos reduzidos de forma significativa”.⁹⁹

É exatamente a seqüência firmada na Constituição Federal de 1988:

Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:

I - o Tribunal Superior Eleitoral;

II - os Tribunais Regionais Eleitorais;

III - os Juízes Eleitorais;

IV - as Juntas Eleitorais.

Assim como o Superior Tribunal de Justiça é guardião da lei federal, o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição, o Tribunal Superior Eleitoral assume também o importante papel de tribunal de sobreposição, resguardando e protegendo o direito eleitoral. Todos estes tribunais são responsáveis por uniformizar o entendimento das instâncias inferiores.

A competência e organização da justiça eleitoral precisam ser regulamentadas por Lei Complementar, conforme dispõe o art. 121 da Constituição Federal de 1988. O problema é que passados 27 anos da promulgação da Constituição, o Congresso não editou a dita lei complementar. Por esse motivo, se firmou o entendimento nos tribunais pátrios que a matéria relativa à organização dos tribunais eleitorais, disciplinada no Código Eleitoral, foi recepcionada, como força de lei complementar, pela vigente constituição.¹⁰⁰

O responsável então pela organização da Justiça Eleitoral que define as

⁹⁹ SILVA. op. cit. p. 8.

¹⁰⁰ Idem.

competências continua sendo o Código Eleitoral – Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.

Já a composição dos Tribunais, ainda que disposto no Código Eleitoral, é prevista na própria Constituição Federal. Assim preleciona a composição do TSE:

Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

- a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;
- b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça

A Constituição é clara e taxativa. O Tribunal será composto por, no mínimo, sete membros; três virão do Supremo Tribunal Federal, dois do Superior Tribunal de Justiça e os outros dois serão nomeados pelo Presidente da República a partir de seis advogados escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal.

O tempo destes magistrados na investidura das funções eleitorais será de dois anos, e nunca por mais de quatro anos consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo procedimento. Quer dizer: três biênios em seqüência são proibidos, o que não impede de exercer o cargo de magistrado por mais de dois biênios.¹⁰¹

De plano, visualiza-se uma composição mesclada na formação do TSE, com a exclusão apenas do Ministério Público. Isto, por si só, demonstra a tamanha influência dos outros Tribunais Pátrios sobre as decisões do TSE. E, como há uma rotatividade de juízes por permanecerem em tempo limitado, há costumeiramente uma oxigenação na interpretação do direito eleitoral, o que é bom para o amadurecimento da democracia do País e, ao mesmo tempo, um dilema para o jurisdicionado que não possui a exata certeza e segurança nas decisões.

Já no que se refere a sua atuação, o art. 1º do Código Eleitoral Brasileiro resume em poucas palavras:

Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel

¹⁰¹ LULA. Carlos Eduardo de Oliveira. **Direito Eleitoral**. 4ª Edição. Imperium Editora, 2014, pp. 119-120.

execução.¹⁰²

Obviamente que o artigo não consegue explicar o Direito Eleitoral na sua gênese, mas introduz o seu principal papel: assegurar o direito do sufrágio universal. Para isso conta com o TSE para estabelecer as bases necessárias que darão lastro e credibilidade à Justiça Eleitoral.

O TSE não se limita apenas organizar as eleições, contar os votos e proclamar o vencedor. Vai muito além disso: garante ao eleitor o exercício amplo e irrestrito dos ideais democráticos, pois se mantém atento aos desvios de conduta dos candidatos e daqueles que ocupam cargos públicos eletivos.¹⁰³

É preciso, portanto, uma atuação clara, efetiva e segura do Tribunal Superior Eleitoral para dar a devida eficácia social na resolução das demandas e conflitos sócio-políticos.

Isso implica ingente trabalho multidisciplinar, no qual sejam lançadas as bases de uma nova ciência eleitoral que tenha método, conteúdo, princípios e objetivos bem delineados. Implica, também, que os cidadãos sejam tratados como pessoas livres, dignas e responsáveis, artífices e senhores de seus destinos sob os aspectos individual e coletivo – não como indivíduos carentes, ignorante e eternamente dependentes de tutela estatal.¹⁰⁴

O trabalho do Tribunal Superior Eleitoral é mais complexo do que a simples aplicação da legislação eleitoral. Por ser uma matéria dinâmica que envolve a relação direta entre o cidadão e seu escolhido para gerir o Estado, o TSE precisa acompanhar as mutabilidades que surgem dos agentes políticos na conexão com o poder e sociedade, garantindo a todos a devida cidadania.

Para isso, a Justiça Eleitoral ocupa funções que diferem da justiça comum: pratica atos administrativos e concomitantemente exerce a função jurisdicional. Ao regular o processo eleitoral, por exemplo, o Tribunal age como o organizador das eleições, criando instruções para o fiel cumprimento da Constituição Federal e de toda a legislação eleitoral. De outro lado, ao apreciar um caso concreto sob a batuta de poder judiciário, o mesmo Tribunal exerce sua jurisdição decidindo uma lide eleitoral.¹⁰⁵

Nesta linha de raciocínio, o Ex-Ministro Sepúlveda Pertence, resume a

¹⁰² Código Eleitoral, Lei n. 4.737, de 1965.

¹⁰³ MELLO. Marco Aurélio Mendes de Farias. **Eleições no Brasil: uma história de 500 anos**. Brasília: Secretaria de gestão e informação do TSE, 2014. p. 5.

¹⁰⁴ GOMES. op. cit. p. 22.

¹⁰⁵ SILVA. op. cit. p. 13.

diferença entre a Justiça Eleitoral e os demais órgãos do Poder Judiciário:

De fato. Ao passo que na Justiça ordinária, como nos demais ramos da Justiça Especializada, a atividade-fim dos juízes e Tribunais, por definição, é de natureza quase exclusivamente jurisdicional, reduzindo-se as suas atribuições administrativas – esfera própria de mandado de segurança –, ao desenvolvimento das atividades-meio de auto-governo da estrutura judiciária, diverso é o panorama da Justiça Eleitoral: nesta, como tenho tido oportunidade de enfatizar -, a sua própria atividade finalística primeira, a direção do processo eleitoral, é predominantemente de caráter administrativo, posto que sujeita – como toda atividade administrativa em nosso sistema –, ao controle jurisdicional suscitado pelos interessados.¹⁰⁶

A função administrativa no TSE, em época de eleições, acaba, invariavelmente, tendo um maior destaque do que a função jurisdicional que é o seu leito originário. Isso ocorre de uma maneira natural, pois uma função administrativa bem aplicada reduzirá, por consequência, ingresso de ações eleitorais na Justiça Eleitoral.

Ora, sob o comando do Tribunal Superior Eleitoral, a Justiça Eleitoral não pode ficar inerte diante os acontecimentos eleitorais. Portanto, não se aplica o princípio da demanda processual balizado nos artigos 2º e 262 do Código de Processo Civil, em que o juiz está adstrito aos limites do impulso do jurisdicionado. Muito pelo contrário, a Justiça Eleitoral tem a obrigação de exercer o poder de polícia.

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.¹⁰⁷

Esta atividade aplicada pela Justiça Eleitoral denota a faculdade que tem o Estado de intervir na ordem pública, colocando limites da liberdade do cidadão, com o intuito de impedir que certos comportamentos sejam realizados sem a devida regulamentação. Como exemplos clássicos desta atuação têm-se: expedição de título eleitoral, mudança de domicílio eleitoral, designação de locais de votação, fiscalização do controle de propagandas eleitorais em épocas de campanha entre tantos outros.

Além destas duas funções, jurisdicional e administrativa, o Tribunal Superior Eleitoral cumpre outras duas que acabam sendo corolário daquelas: consultiva e normativa.

O Poder Judiciário, por definição, não é órgão de consulta. Apenas se

¹⁰⁶ Mandado de Segurança n. 12.165, do Tribunal Superior Eleitoral.

¹⁰⁷ Este conceito do poder de polícia pode ser retirado do art. 78 do Código Tributário Nacional.

pronuncia sobre as situações que as partes levantam em juízo. Tanto é assim, que para propor ação em face de alguém é necessário ter legitimidade e interesse de agir, conforme preceitua o art. 3º do Código de Processo Civil. Entretanto, pautado pelo alto interesse do pleito, essa é mais uma função que diferencia a Justiça Eleitoral das demais. Os Tribunais Eleitorais, tanto a Corte como os Regionais, para evitarem litígios que poderão afetar o andamento das eleições e, para dar a maior segurança possível enquanto Estado Democrático de Direito, podem responder perguntas formuladas pelas partes interessadas.¹⁰⁸

Assim prevê o Código Eleitoral:

Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

[...]

XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político;

[...]

Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais:

[...]

VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político;¹⁰⁹

Analisando a lei, pode-se ver que não é qualquer um que pode fazer a consulta perante os tribunais. São dois os requisitos para solicitar a consulta: legitimidade do consulente e existência de situação concreta no que tange ao Direito Eleitoral. A resposta, devidamente fundamentada pelo tribunal, terá o mesmo procedimento de análise de um julgamento. Primeiro serão analisados os requisitos de admissibilidade da consulta e, posteriormente, caso a consulta seja conhecida, se analisará o mérito.

A outra função, não menos importante e que gera muita polêmica doutrinária, é a normativa. Muitos estudiosos do Direito Eleitoral a chamam de regulamentar, pois o Tribunal Superior Eleitoral a partir de instruções firmadas em resoluções orienta com base na legislação eleitoral candidatos e eleitores.

Muito embora a Constituição Federal não preveja esta função, o Código Eleitoral permite esta função regulamentar¹¹⁰. A Lei n. 9.504/07, a qual estabelece normas exclusivamente para eleições também assim dispõe:

Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções

¹⁰⁸ GOMES. op. cit. p. 72.

¹⁰⁹ Lei n. 4.737, de 1965.

¹¹⁰ Art. 1º, § único do Código Eleitoral. A redação deste artigo encontra-se no início deste sub-tópico.

distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos.

Como visto, duas são as leis que conferem ao TSE o poder de emitir resoluções: o Código Eleitoral e a Lei n. 9.504/07. Inegavelmente, esta função acaba gerando uma ameaça ao princípio da separação dos poderes. Quando, por exemplo, o TSE não cria instruções em consonância com as regras expostas na legislação eleitoral, o Poder Judiciário inova e entra na esfera do Poder Legislativo, ferindo, assim, os princípios básicos de um Estado Democrático de Direito.

Aliás, o próprio dispositivo acima estabelece limites ao poder regulamentar do TSE para não exceder a sua atuação normativa, uma vez que sua função precípua é dar execução às leis, sem alterá-las de acordo com os caprichos da autoridade julgadora com poder normativo. A razão e o direito devem ser aplicados dentro dos limites da lei e da Constituição Federal, sob pena de um verdadeiro ataque à democracia impulsionado pelo arbítrio judicial.¹¹¹

A função deste poder normativo é para esclarecer e unificar a legislação eleitoral esparsa em um único meio de pesquisa. “A Corte Eleitoral legisla, tão-só dá, em linguagem mais objetiva e direta, as orientações para os pleitos; sintetiza as normas legais, mesmo porque somente à União Federal cabe legislar sobre o Direito Eleitoral (CF, art. 22, D)”.¹¹²

Assim, as resoluções criadas pelo TSE possuem força de lei, o que não significa dizer que efetivamente são leis. Apenas gozam do mesmo prestígio e possui a mesma eficácia geral e abstrata. De todo modo, é certo que as resoluções do TSE ajudam a otimizar a operacionalidade do Direito Eleitoral, em especial as eleições brasileiras, pois consolidam a difusa legislação eleitoral em vigor, dando mais transparência na atuação dos profissionais do direito.¹¹³

Todo este conjunto de funções forma o TSE e, por conseqüência, a justiça eleitoral. As respostas das consultas somam-se às resoluções emitidas pelo TSE e aos seus precedentes, formando um conjunto de atos que acaba repercutindo sobre os tribunais

¹¹¹ ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. Abuso do Poder Regulamentar e Tribunal Superior Eleitoral: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral – as eleições de 2012 (reflexos do “moralismo eleitoral”). **Revista Jurídica da UNISUL**. Ed. Unisul, Palhoça, 2012. v. 1. n. 1. pp. 21/29.

¹¹² ROSAS. op. cit. p. 46.

¹¹³ GOMES. op. cit. p. 72.

regionais eleitorais e juízes de primeira instância. Quer dizer: formam em sua origem, fatos que tiram a liberdade dos juízes *a quo* e os forçam a seguir o entendimento da Corte, dando maior segurança jurídica a todos os jurisdicionados.

Estas questões mencionadas o diferenciam um pouco dos outros tribunais de sobreposição. Entretanto, sua principal função é mantida: trazer previsibilidade e estabilidade ao jurisdicionado. No próximo tópico, será analisada esta questão sobre o TSE.

2.3 TSE como corte de uniformização de jurisprudência

O ordenamento jurídico brasileiro é influenciado pelo sistema *civil law*. Diferentemente do que acontece na *common law*, o sistema brasileiro é normativista, ou seja, a principal fonte do direito é a lei e não o precedente como na *common law*.

No Brasil, os precedentes não possuem força vinculante. Entende-se por precedente um mero pronunciamento judicial isolado, o qual deverá apenas orientar um caso posterior de mesma matéria. As contínuas decisões harmônicas entre si, fruto da mesma interpretação e aplicação da lei num mesmo sentido, dá-se o nome de jurisprudência.¹¹⁴ Em outras palavras, o precedente é apenas uma decisão solitária de determinada matéria que poderá auxiliar num caso futuro de mesmas premissas. Já jurisprudência é um conjunto destes precedentes com mesmo resultado jurídico por reiteradas vezes, formando um aglomerado decisório de idêntica interpretação.

No *civil law*, quando o profissional do direito, seja juiz ou advogado, utiliza a jurisprudência como método de argumentação, é como se colocasse apenas um *plus* na sua fundamentação, pois o precedente não possui qualquer poder vinculativo ao caso que está sendo julgado. Assim preleciona Volpe Camargo: “os precedentes e a jurisprudência, quando utilizados na argumentação jurídica, tem o objetivo de, pelo método da comparação, influir, persuadir, convencer”.

Esta diferença com sistema *common law* – explicado no capítulo anterior – consiste principalmente pelos motivos históricos. Em realidade, sua raiz poderá ser encontrada na Revolução Francesa, que surgiu com intuito de derrubar as aristocracias da época – nobres, cleros, integrantes do judiciário... – que não possuíam compromissos com a igualdade, fraternidade e liberdade. Este estilo de pensar se capilarizou por vários países da

¹¹⁴ CAMARGO. op. cit. pp. 555-556.

Europa e até mesmo na América, como por exemplo, no Brasil. A ideia principal era de que os juízes precisavam ser boca da lei (*bouche de la loi*), tornando limitado o poder judiciário para, tão somente, declarar o que a norma criada pelo legislador havia dito.¹¹⁵

Iniciou-se daí em diante, nesses países, a codificação do direito. Tinha-se o pensamento de que este método traria segurança e estabilidade. Essa visão acabou orientando toda a cultura do *civil law*, incluindo por consequência o direito brasileiro.

Observa-se, portanto, que tanto o sistema *civil law* como a *common law* buscam a segurança e a previsibilidade. Cada um da sua maneira. Marinoni explica:

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver.¹¹⁶

Ocorre que, com o passar do tempo, os profissionais do direito que atuam no *civil law* perceberam que apenas os códigos não supririam todas as situações fáticas que ocorressem no dia a dia. Isto porque é impossível o legislador prever todas as relações práticas e criar leis abstratas para regular estas eventuais futuras situações. Por esse motivo, os precedentes passaram a ter mais importância para solução do caso que está sendo julgado, tanto no modo de interpretar a lei como para suprir as lacunas que existem.

No Brasil, a preocupação com a coerência nos julgamentos surgiu principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que procurou um sistema jurídico que decidisse de maneira uníssona por todo território nacional, reconhecendo, desde aquela época, a importância da uniformização. Para isso, nos arts. 92 e seguintes, colocou acima dos Tribunais Intermediários e Juízes de Direito, os Tribunais de Sobreposição com a essencial função de uniformizar o entendimento do judiciário brasileiro.

É neste quadro que se encaixa o Tribunal Superior Eleitoral. A sua função precípua estabelecida na Constituição é unificar as divergências existentes sobre direito eleitoral entre os tribunais regionais eleitorais e juízes de primeira instância em um único sentido, evitando que cada estado trate a lei eleitoral a seu gosto.

¹¹⁵ MARINONI. op. cit. pp. 50-52.

¹¹⁶ MARINONI. op. cit. p. 60.

O Tribunal Superior Eleitoral é tão importante quanto os outros Tribunais Superiores – STJ e STF – os quais são separados apenas pela matéria, pois suas funções são as mesmas: pacificar jurisprudência.

Os Tribunais Superiores exercem, dentre outras, competência recursal que os caracteriza como órgãos de sobreposição na estrutura judiciária, é dizer, como órgãos que visam em primeiro plano uniformizar a interpretação e a aplicação do direito em todo o território nacional. É por isto mesmo que só eles, e não os demais, têm jurisdição em todo o território nacional, nos termos do art. 92, § 2º, da Constituição da República.¹¹⁷

Esta função dos Tribunais Superiores de uniformizar a aplicação do direito é exatamente para trazer àquela segurança jurídica que a *common law* oferece a partir da vinculação de precedentes (solução idênticas para casos idênticos). Por isso, não se pode chamar os tribunais superiores brasileiros de “3º grau de jurisdição”, pois não se rediscute a matéria fática dos processos que lá tramitam, ou seja, o caso não é novamente analisado. A atividade desses tribunais é tão somente averiguar se houve ou não violação ao direito em si, como violação à dispositivo de lei por exemplo.

Aliás, a partir do momento que existe um sistema estrutural de pirâmide, o foco das Cortes Superiores não fica restrito apenas às questões de direito neste ou naquele caso, e sim dirigir todo o sistema. São como maestros: fixam a pauta de conduta para o próprio sistema e para a sociedade em geral. Assim, consolidada a orientação, perde qualquer sentido quando os tribunais hierarquicamente inferiores não os adotem como padrão de decisão para casos futuros.¹¹⁸

Atualmente, o sistema brasileiro tem atribuído mais eficácia e importância aos precedentes judiciais. Embora o Brasil não esteja na mesma linha da cultura do *case law*, a produção legislativa reflete uma clara intenção de fortalecer o papel dos precedentes no direito pátrio – a exemplo do instituto da súmula vinculante, instituída pela Emenda Constitucional n. 45, cuja função é a concretização dos efeitos uniformizadores das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as Cortes inferiores.¹¹⁹

¹¹⁷ BUENO, Casio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 206-207

¹¹⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza (coord). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo. RT: 2012. pp. 170-171.

¹¹⁹ BARREIROS. Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: JR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; Macêdo, Lucas Buril de (coord.). **Precedentes**. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015. p. 189.

O problema é que estas novas regras foram criadas com uma velocidade muito grande sem qualquer tradição ou cultura que pudesse levar os profissionais do direito a trabalhar com claro conhecimento, como na *common law*. Assim, o uso de precedentes acaba se tornando aleatório, improvisado e descontextualizado com o caso concreto, gerando uma denegação à justiça pelo mal uso da força uniformizadora de precedentes.¹²⁰

Os Tribunais intermediários, por exemplo, se sentem autorizados a não seguir os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, sem sequer justificar as razões pelas quais deixaram de aplicá-los.¹²¹ Isto também ocorre em primeira instância, em que reiteradamente julgam de modo diferente questões absolutamente idênticas.

Tereza Wambier ilustra estas diferenças até mesmo nos próprios tribunais superiores:

Estas diferenças existem também no âmbito dos tribunais superiores: entre eles – STJ e STF – e entre seus órgãos fracionários. Isto ocorre em relação ao STJ, que tem maior número de órgãos fracionários.

O fato de estas divergências existirem também no plano dos tribunais superiores, na verdade, impede que suas decisões desempenhem o papel de norte, de orientação para os demais órgãos do judiciário.¹²²

As divergências na interpretação e aplicação do direito podem ser vistas também nos próprios Tribunais Superiores. Como são formados por câmaras, em especial o STJ, há vezes que o entendimento numa não é o mesmo na outra, o que agrava ainda mais a falta de estabilidade e previsibilidade do direito brasileiro, pois impossibilita de vez a tentativa de aplicação uniforme da lei por todo o território nacional.

O mesmo não ocorre com o TSE, que, por mais que possua a mesma função jurisdicional dos outros Tribunais Superiores, possui características próprias que lhe dão melhor suporte para tomar as rédeas do direito eleitoral e trazer maior segurança ao jurisdicionado. Diz Marchetti, “nossa Justiça Eleitoral assume prerrogativas da administração e da execução do processo eleitoral ao mesmo tempo em que funciona como instância de recurso do contencioso eleitoral”.¹²³

Estas funções explicadas no tópico anterior – administrativa, normativa,

¹²⁰ Idem.

¹²¹ MARINONI. op. cit. p. 97.

¹²² WAMBIER. op. cit. p. 36.

¹²³ MARCHETTI, Victor. O “Supremo Tribunal Federal”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007. n. 20. v. p. 169.

consultiva e jurisdicional – elevam o TSE ao grau de único órgão no Brasil como Estado Democrático de Direito que reúne atividades administrativas e judiciais. Este acúmulo de funções possui vantagens e desvantagens, proporcionando muitas discussões doutrinárias na esfera do direito eleitoral.

Para Maria Tereza Sadek, por exemplo, a autonomia da justiça eleitoral perante a governança brasileira foi indispensável para o sucesso do sufrágio universal:

A Justiça Eleitoral desempenhou um papel fundamental no processo de transição. Foi um ator mudo, porém decisivo, como fiador da lisura dos resultados eleitorais. Sem uma instituição dessa natureza, dificilmente haveria confiança na competição, ainda mais levando-se em conta as restrições políticas e legais da época. O caminho para a normalidade democrática teria sido muito mais tortuoso, para dizer o mínimo, sem o respeito aos resultados saídos das urnas.¹²⁴

Já para Ruy Samuel Espíndola, a abrangente autonomia do TSE não harmoniza com o sistema jurídico brasileiro. Em especial a função normativa, que não só é autorizada por lei, como em muitos casos é utilizada pelo TSE além dos limites de sua atuação, inovando a legislação e violando o princípio da legislação da separação dos poderes:

Não obstante a regra da Lei n. 9.504/97, a base do poder regulamentar para o TSE é inconstitucional, pois não se encontra chão na vigente ordem constitucional. [...] O art. 105 dessa lei, conferido pela Lei n. 12.034/09, é inconstitucional, pois o poder regulamentar é poder sob *reserva de constituição* e não pode ser conferido aos órgãos constitucionais pelo alvedrio do legislador ordinário. [...] Não é válido para uma mera resolução do TSE inovar na disciplina normativa estabelecida pelo Legislador Ordinário, com a afronta a Constituição Federal.¹²⁵

Em realidade, uma coisa é consequência da outra. É inegável a importância do TSE na construção da democracia brasileira. Sua autonomia perante os interesses partidários e políticos dá ao eleitor a confiança de que o seu voto foi contabilizado e que o candidato eleito cumpriu com as obrigações legais para assumir o cargo escolhido pelo povo. Por outro lado, essa autonomia entra num limite tênue entre a Constituição e sua violação, pois muitas vezes as funções administrativa, consultiva e, em especial, regulamentar, são utilizadas em excesso pelo TSE, indo absolutamente de encontro à Constituição Federal.

O fato é que este conjunto de funções dá ao TSE o tribunal de sobreposição com maior potencial de uniformização de jurisprudência no país. As funções administrativa, consultiva e regulamentar imbricam diretamente nas decisões judiciais de instâncias inferiores.

A consulta (instrumento administrativo que objetiva sanar dúvidas sobre

¹²⁴ SADEK. Maria Tereza. A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil. Pesquisas. São Paulo: Centro de estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995. p. 39.

¹²⁵ ESPÍNDOLA. op. cit. pp. 19-34.

matéria eleitoral), por exemplo, apesar de não ser vinculativa às futuras decisões judiciais, orienta os juízes a decidirem naquele sentido para casos que sejam idênticos quanto a resposta.¹²⁶

Em realidade, todas estas funções formam perceptivelmente um conjunto de atos que acabam vinculando com maior força os magistrados de instância inferiores, pois, a partir das respostas dadas em consultas, resoluções e decisões judiciais, o cerco de interpretação do direito eleitoral acaba englobando um número muito maior de situações.

Quer dizer: existem atos do TSE além do jurisdicional que aumenta o potencial de vinculação de instâncias inferiores e ajudam os magistrados a fundamentarem suas decisões; existem também os precedentes que são fundamentados também por aqueles atos peculiares do TSE, formando um verdadeiro emaranhado de proposições que convergem para a aplicação uniforme do direito eleitoral no país.

Outra questão que confere maior destaque aos precedentes e os outros atos peculiares do TSE é a própria composição da Justiça Eleitoral. Não existe no modelo brasileiro eleitoral órgão de direção própria e exclusiva. Assim assevera Marchetti:

Apesar do TSE, dos TREs e dos Cartórios Eleitorais, onde atuam os juízes eleitorais, serem permanentes e, portanto, contarem com um corpo funcional próprio e estável, os juízes e ministros que se tornam membros da Justiça Eleitoral não são obrigados a se desligarem das outras atividades que desempenham nos outros ramos da justiça. Nem mesmo os advogados selecionados a interromper suas atividades profissionais.¹²⁷

Não existe carreira para magistrado na Justiça Eleitoral. Todos os juízes são “emprestados” da Justiça Comum, Justiça Federal ou advocacia. Este empréstimo não os desvincula de sua função. Quer dizer: continuam lotados na sua vara ou câmara de origem atuando nas duas justiças. Já para o advogado, em única exceção, consegue atuar como magistrado e continuar no exercício da advocacia em questões que não entrem em conflito com o direito eleitoral.

Este fato de não possuir juiz de carreira na Justiça Eleitoral pode, ainda, ser outro fator que contribua à vinculação dos precedentes do TSE, pois muitas vezes os magistrados aprendem direito eleitoral apenas na atuação de juiz. Por isso, acabam seguindo à risca os precedentes do TSE por falta de conhecimento e discricionariedade para divergir de posicionamentos do Tribunal de Sobreposição.

¹²⁶ MARCHETTI. op. cit. p. 175.

¹²⁷ MARCHETTI. op. cit. p. 169.

No que diz respeito à vinculação de precedentes do TSE, assevera Djalma Pinto:

No Direito Eleitoral brasileiro, predomina o sistema da *Common Law* com algumas particularidades. Os precedentes construídos, *cases* produzidos no TSE, mesmo inexistindo lei determinando o efeito vinculante, são acolhidos pelos Juízes e Tribunais Eleitorais, que os seguem à risca. A regra do precedente, no Direito Eleitoral, é, pois, à luz da realidade, um fato incontroverso.¹²⁸

E continua:

A diferença para os países do sistema anglo-saxônico é que lá o precedente “tem força obrigatória para os casos futuros”, e aqui, embora a obrigatoriedade se restrinja à súmula vinculante em matéria constitucional editada pelo STF, não sendo, portanto, vinculantes as decisões do TSE, os juízes eleitorais as seguem espontaneamente, observam-nas à risca, com tal intensidade que, na prática, o TSE efetivamente cria o Direito. Partem os juízes e integrantes dos tribunais eleitorais locais da constatação da quase inutilidade em produzir acórdãos ou decisões divergentes dos precedentes do TSE, que serão ali fatalmente reformados.¹²⁹

Por mais que Djalma Pinto traga em sua obra estas afirmações referentes a proximidade da Justiça Eleitoral com o sistema *common law*, ele não traz elementos que possam verificar a relação entre o sistema anglo-saxão e o TSE, mas conforme demonstrado neste trabalho, são inúmeros os pontos que destacam o efeito vinculativo do TSE sobre as instâncias inferiores.

Aliás, até mesmo a lei brasileira transmite para as instâncias inferiores o tom vinculativo dos precedentes do TSE. Basta fazer uma análise sistêmica da Constituição Federal e o Código Eleitoral.

Assim preleciona Constituição Federal:

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

[...]

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;

II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais.
[...]

E assim, dispõe o Código Eleitoral:

Art. 21. Os Tribunais e juízes inferiores devem dar imediato cumprimento às decisões, mandados, instruções e outros atos emanados do Tribunal Superior Eleitoral.

¹²⁸ PINTO, Djalma. **Direito Material: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. Noções gerais.** 5ª edição. São Paulo. Ed. Atlas: 2010. p. 17.

¹²⁹ PINTO. op. cit. p. 17.

Ademais, o CPC de 2015 tem o enfoque na uniformização jurisprudencial como um de seus principais pilares, que vem para fortalecer e dar mais segurança para o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse contexto, o TSE assume ainda mais importância na esfera da Justiça Eleitoral como carro chefe da uniformização jurisprudencial.

Diante do que foi exposto, é possível perceber algumas diferenças do TSE em relação aos outros tribunais superiores brasileiros. Os atos administrativo, consultivo e regulamentar somam-se ao jurisdicional e dão maior poder de vinculação dos precedentes às instâncias inferiores. O problema é que muitas vezes o TSE para não aplicar seus próprios precedentes, acaba afastando o precedente paradigma do caso em análise de uma maneira rasa, sem observar as peculiaridades de ambos os casos, caindo na vala comum da simples análise de ementas e afirmações sem fundamentação.

CAPÍTULO 3

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A DISTINÇÃO

3.1 A importância da valorização dos precedentes

Não é novidade que o Brasil está inserido no sistema *civil law*, ou seja, tem-se a lei como fonte principal de direito. Neste sentido cabe aos magistrados interpretar as leis e aplicarem soluções jurídicas aos casos que chegam ao judiciário. Acontece que estas interpretações não são feitas unissonamente, pois, muitas vezes, as leis estão repletas de indeterminações dando margens aos magistrados julgarem os casos sob o fundamento do princípio do livre convencimento motivado.

Além disso, os precedentes dos tribunais intermediários e superiores são apenas persuasivos – e não vinculativos como na *common law* –, possibilitando os juízes de primeiro grau e até mesmo desembargadores ou ministros não respeitarem os precedentes de seus próprios tribunais, colocando em dúvida a credibilidade do próprio sistema.

Considerando-se a realidade da justiça civil brasileira, constata-se com facilidade que o jurisdicionado tem grande dificuldade para prever como uma questão de direito será resolvida. Isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem modelos mínimos de racionalidade ao decidirem.¹³⁰

Diante esta insegurança jurídica, a produção legislativa brasileira vem caminhando em um forte sentido para mais eficácia aos precedentes na intenção de unificar a interpretação da lei e dar um tom uniforme à jurisprudência. Este agir do legislador surgiu para trazer mais segurança jurídica ao jurisdicionado, pois, não raro, os magistrados brasileiros dão soluções jurídicas diferentes para casos idênticos.

Iniciou-se com a Constituição Federal de 1988, que redemocratizou o País, renovou a hermenêutica constitucional com a valorização de princípios jurídicos e deu maior relevância ao papel da jurisprudência brasileira.¹³¹ Prova disto é a hierarquia existente entre os tribunais definida na própria Constituição encabeçada pelo STF como corte suprema e STJ, TSE e TST como tribunais superiores.

Além disso, nas duas últimas décadas posteriores à promulgação da

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 67.

¹³¹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcelo Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: JÚNIOR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; MACÊDO, Lucas Buril de (coordenadores). **Precedentes**. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015. p.337.

Constituição, muitas das alterações legislativas foram no sentido da estabilização do direito brasileiro, a exemplo de reformas como a Emenda Constitucional 03/93, que instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) originando o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF, estendido posteriormente à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), pelo art. 28, § único, da Lei n. 9868/1999¹³², e outras reformas como a possibilidade de inadmissão monocrática de recurso que contrarie “jurisprudência dominante” (art. 557 do CPC de 1973) do respectivo tribunal, do STF ou qualquer outro Tribunal Superior,¹³³ o julgamento de recursos especiais repetitivos (art. 543-C do CPC de 1973),¹³⁴ o julgamento antecipado da lide em primeiro grau quando a decisão contrarie jurisprudência dominante (art. 285-A do CPC de 1973), a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º do CPC de 1973)¹³⁵ e tantas outras mudanças da legislação federal que demonstram o reconhecimento da importância dos precedentes por parte do legislador.

No âmbito constitucional, tem-se a Emenda Constitucional n. 45/2004, que criou a súmula vinculante e instituiu a repercussão geral como requisito para admissibilidade do recurso extraordinário, com o objetivo de *“diminuir o número de processos no STF (...), uniformizar a interpretação constitucional e (...) firmar o papel deste tribunal como Corte Constitucional”*.¹³⁶

Esta atitude do legislador de valorizar os precedentes desempenha um importante papel na tentativa de resguardar a previsibilidade e a coerência nas decisões judiciais para trazer isonomia e afastar a ocorrência da jurisprudência lotérica e julgamentos contraditórios.¹³⁷

Ocorre que o ensaio da lei se desmorona quando o profissional do direito entra em cena. Há uma dificuldade por parte dos advogados, promotores e, sobretudo, juízes respeitarem precedentes e darem harmonia ao sistema. Neste sentido, afirma Aragão:

Obter o respeito a essas decisões já é algo um tanto mais complexo. Nossa tradição, muito arraigada numa visão literal do princípio da legalidade [...], nos impulsiona,

¹³² Idem. op cit. p. 338,

¹³³ MARINONI, op. cit. pp. 511-516.

¹³⁴ WOLKART, Eric Navarro. **Precedente judicial no processo civil brasileiro**: mecanismos de objetivação do processo. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 127-128.

¹³⁵ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 431-439, 449-450.

¹³⁶ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: RT, 2013. p. 271.

¹³⁷ CAMBI; FOGAÇA. op. cit. p. 339

num primeiro momento, a acreditar que esse respeito à decisão precedente deveria ser imposto pela lei. O impasse estaria solucionado com a intervenção, por assim dizer, profilática do legislador: a partir de determinado dia, os precedentes de determinado tribunal passariam a ser obrigatórios para si e para os demais juízes que lhe fossem vinculados porque assim o fixou a lei. É uma alternativa, não há dúvida [...]. Não é o ideal que a autoridade do precedente acabe sendo artificialmente imposta pela lei.¹³⁸

O legislador tenta viabilizar um método operacional que dê segurança ao sistema. O problema é que esse método será aplicado por profissionais que não estão acostumados a executá-lo, tendo, por consequência, soluções jurídicas imediatas sem sistematicidade. Quando algo é imposto por lei, se pretende criar do dia para a noite um hábito que até então não existia. Quer dizer: a efetiva vinculação de precedentes só ocorrerá a partir do momento que estiver entranhado na cultura e tradição daqueles que operam o sistema, como ocorre na *common law*.

Em realidade, os profissionais do direito, sobretudo, os magistrados, precisam ter respeito à ideia de sistema e autoridade da decisão com força de precedente judicial. Neste contexto, quando certo entendimento é revogado, essa nova orientação deve servir de paradigma para aquele mesmo órgão judicial que alterou o precedente e todos os demais que estejam hierarquicamente relacionados.¹³⁹ É nesta realidade que a igualdade de todos perante o direito será encontrada. Por isso a importância de respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores Brasileiros.

Esta vinculação de precedentes não afetará a liberdade decisional dos magistrados, pois a formação da jurisprudência brasileira se dá de maneira dinâmica, ou seja, tem início no primeiro grau de jurisdição e termina nos Tribunais Superiores.¹⁴⁰ A estrutura judiciária brasileira é como se fosse uma rampa piramidal: começa no *chão* tendo grande espaço para discussão (1º grau de jurisdição) e, à medida que os recursos vão sendo interpostos, os processos vão subindo e os espaços para debate vão diminuindo (2º grau de jurisdição) até chegar o topo, momento em que as linhas se encontram e formam um denominador comum (tribunais de sobreposição).

Assim preleciona Marinoni:

Note-se que é o Judiciário, e não todo e qualquer juiz ao seu modo, que colabora com o legislativo para a edificação do direito. Os juízes colaboram para a atribuição de sentido ao direito até o momento em que a Corte Suprema dá a “última palavra”. [...]

¹³⁸ SANTOS. op. cit. p. 166.

¹³⁹ ARAGÃO. op. cit. p. 173.

¹⁴⁰ Idem. op. cit. p. 158.

A compreensão de que a interpretação da lei e a solução das questões de direito é um “processo”, que se inicia diante dos juízes de primeiro grau e tribunais de apelação – a quem cabe resolver os conflitos – e culmina na Corte Suprema – a quem compete atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo para torná-lo adequado à realidade –, deve ou deveria gerar aos Juízes, Desembargadores e Ministros um sentimento racional de compartilhamento da jurisdição.¹⁴¹

Com as mesmas premissas Tereza Wambier descreve que “essa liberdade não é do juiz: é do Judiciário. Aí entra a importância da jurisprudência uniforme: o Judiciário interpreta a lei e esta interpretação há de valer para todos. Porque o direito há de ser o mesmo para todos”.¹⁴² Em outras palavras, a liberdade decisional dos magistrados está diretamente ligada à harmonia do sistema.

O Judiciário precisa ter unidade. Para isso é necessário respeito recíproco entre os magistrados nas diferentes instâncias, sem que qualquer delas interfira na outra. O ponto chave é que o sistema deve ser conduzido de acordo com a autoridade vinculativa de cada decisão. Não há harmonia, por exemplo, quando Tribunais Regionais Eleitorais desrespeitam os precedentes do TSE, por sentirem simplesmente falta de autoridade ou liberdade.

A idéia é aproveitar a dinâmica do sistema jurídico e a partir dela, orientando-a, estabelecer um círculo virtuoso com a colaboração de juízes e advogados em prol da operação cada vez mais harmônica, coerente, previsível, racional e, acima de tudo, ágil, do sistema jurídico. O primeiro grau de jurisdição já teria entre suas preocupações estabelecer homogeneidade e previsibilidade em seus pronunciamentos sobre uma mesma questão, do mesmo que o tribunal intermediário trabalharia no sentido de aplainar prováveis divergências, estabelecendo a pauta de conduta regional para dali em diante. Em um terceiro movimento, os tribunais superiores uniformizariam o entendimento para todo o país, exercendo sua função primordial de regência do sistema jurídico.¹⁴³

As discussões são amadurecidas até a chegada da questão aos tribunais superiores. Antes disso, todos os magistrados que atuaram no caso – ou casos diferentes, mas idênticos nas premissas – puderam dar o seu toque de criação e interpretação do direito, participando ativamente da construção do entendimento até efetiva maturação pelos tribunais superiores, momento que a controvérsia deverá ser suprimida pela uniformização. A partir disto, todos os magistrados de instâncias inferiores possuem o dever de seguirem os casos paradigmas.

O problema maior é que freqüentemente as decisões judiciais brasileiras não

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 106-107.

¹⁴² WAMBIER, Tereza. A vinculatividade dos precedentes e do ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: JÚNIOR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; MACÊDO, Lucas Buriel de (coordenadores). **Precedentes**. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015. p. 264.

¹⁴³ Aragão. op. cit. p. 173.

possuem preocupação com a explicação das razões que levaram àquela solução jurídica do caso em análise. Falta fundamentação munida de força capaz de convencer e tornar a decisão racionalmente aceitável, afinal *só a argumentação racional constitui justificativa aceitável*. Não raro, os juízes fundamentam suas decisões com simples enunciados de lei, cópias de trechos doutrinários e ementas de precedentes dissociados do caso concreto, como se exercesse a verdadeira atividade jurisdicional, entretanto atuam numa clara demonstração de ausência de compreensão institucional.¹⁴⁴

Nessa instável situação o CPC de 2015 surge como uma esperança nos quadros do Judiciário Brasileiro. A vinculação de precedente, tanto com efeito vertical como horizontal, vem com a intenção de sanar decisões casuístas geradoras de insegurança jurídica no sistema *civil law*.

Ao se perceber este quadro adulterado é que surge o CPC/2015, com uma função contra-fática na tentativa de promover um aprimoramento qualitativo do sistema de precedentes de modo a ofertar um diálogo genuíno na formação dos julgados que leva a sério todos os argumentos relevantes para o deslinde da situação em julgamento.¹⁴⁵

O CPC de 2015, a principal lei processual do país, vem no sentido de *selar os pingados* da evolução legislativa, acabar com a *colcha de retalhos* do CPC de 1973 e tentar alinhar as técnicas de padronização decisória para acabar com esta ramificação de decisões incoerentes e incongruentes. Mais a frente será destinado um tópico exclusivamente para o CPC de 2015 que dá um passo enorme na valorização do sistema de precedentes.

Por mais que a mudança de pensamento no *modus operandi* do ordenamento jurídico brasileiro seja novamente instituída por lei, não há mais como negar a exigência de um sistema racional de precedentes para o Brasil. Este caminho será encontrado a partir do respeito à legislação e do interesse dos profissionais do direito em buscarem o aprimoramento de suas atuações, seja no proferimento de decisões ou produção de petições, e incorporar a cultura do respeito aos precedentes no Judiciário do país.

Aliás, quando há compreensão da razão que compõe os precedentes dentro de um sistema de interpretação, não haveria sequer necessidade de disposição constitucional ou legal que determinasse a vinculação dos precedentes.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 68-72.

¹⁴⁵ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: JÚNIOR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; MACÊDO, Lucas Buril de (coordenadores). **Precedentes**. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015. pp. 305-306.

Neste sentido, indispensável a visita ao direito anglo-saxão que possui uma cultura milenar de respeito aos precedentes e se espelhar nas suas técnicas de padronização decisória, a exemplo do *overruling e distinguishing*, para aplicá-las no Brasil.

A jurisprudência deve levar em conta a efetiva isonomia. De nada adianta se contentar com a retórica *igualdade a todos perante a lei*, se não houver abrangência uniforme da aplicação da norma aos casos idênticos. É necessário ter igualdade tanto na lei como nas decisões judiciais. Por isso o conceito de jurisprudência não pode ficar dissociado da uniformidade na solução de casos análogos, pois só assim terá um direito carregado de justiça e equidade.¹⁴⁶

Para chegar ao patamar elevado dessa igualdade, é preciso apurar as técnicas de julgamento para não incorrer em erro quanto à revogação de algum precedente ou às semelhanças e diferenças entre os casos concretos e os casos paradigmas. Se for aplicada a distinção, por exemplo, o ônus argumentativo se torna muito maior, pois é preciso demonstrar por *a + b* que o caso concreto difere dos fatos operativos do precedente modelo, esta atividade não pode ser aplicada por mera citação de texto, o *distinguishing* precisa ser devidamente fundamentado.

Estas técnicas são imprescindíveis para a manutenção do sistema de precedentes, pois a evolução do direito depende do modo que são aplicadas.

Em outras palavras, jamais o precedente será anunciado de forma completa e única. É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Se, de um lado, é verdade que o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se ignora o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debruçarão os intérpretes dos casos subseqüentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção (*distinguishing*) desempenha uma importante função nesse processo de maturação do direito jurisprudencial.¹⁴⁷

O Brasil é um país que possui grandes proporções continentais e, culturalmente, possui uma forte tendência à judicialização de conflitos, o que gera ao Judiciário um inchaço de demandas a serem solucionadas. Por esse motivo, acabam tentando resolver estes problemas por quantidade e não por qualidade de julgamento na intenção de dar vazão ao sistema.

Assim, os processos, muitas vezes, são julgados sem o esgotamento da

¹⁴⁶ OLIVEIRA. op. cit. p. 158

¹⁴⁷ NUNES; HORTA. op. cit. p. 309.

matéria, produzido a partir de súmulas, citações de leis e teses padronizadas sem a preocupação de analisar as semelhanças ou diferenças dos casos em julgamento dos casos ditos paradigmas, maculando a racionalidade do ordenamento. Esta é uma situação que assola o Judiciário Brasileiro e traz preocupação não apenas ao jurisdicionado, mas a todos aqueles profissionais do direito que se preocupam com o rumo que as coisas estão tomando.

É preciso questionar como, quando e porque determinado caso é análogo ao paradigma. Só com técnicas avançadas de interpretação o Judiciário dará ao jurisdicionado a certeza de um sistema seguro e previsível. Para isso não basta seguir o precedente apenas com análises sumárias e visualização de ementas. É preciso entender a essência do precedente a para fazer analogia ou diferenciar do caso concreto.

No próximo tópico será analisada a maneira que o TSE vem enfrentando a técnica de distinção de precedentes e, ao mesmo tempo, averiguando sua relação com o *distinguishing* na *common law*.

3.2 A distinção de precedentes no TSE

São comuns no TSE decisões padronizadas que utilizam como método argumentativo simples enunciados sem se preocupar com a interpretação sistêmica de todos os institutos – lei, doutrina, súmula e decisões judiciais pretéritas – que devem ser levados em conta para chegar à solução mais correta do caso em análise. Neste contexto, encontram-se as técnicas de distinções e identificações entre precedentes.

No Brasil, o dissídio jurisprudencial (art. 541, § único, do CPC) é a atividade mais utilizada pelos magistrados para fazer analogia entre decisões. É de aptidão constitucional dos tribunais superiores brasileiros padronizarem a interpretação do direito mediante a interposição de recurso especial quando um tribunal intermediário der interpretação à lei federal diferente de outro tribunal.

No caso da Justiça Eleitoral, o art. 121, §4º, II, da Constituição Federal, autoriza os advogados brasileiros a interpirem recurso especial eleitoral ao TSE contra decisões de mesmas situações fáticas que deram soluções diferentes de outras decisões proferidas por outros Tribunais Regionais Eleitorais ou até mesmo do próprio TSE.

Operativamente, esta atividade se assemelha em partes com o *distinguishing* do sistema *common law*. Os advogados trazem em seus recursos quadros comparativos entre o

caso concreto e o paradigma para demonstrarem aos ministros que houve soluções diferentes para casos idênticos nos diferentes Tribunais Regionais Eleitorais, tendo a necessidade do TSE unificar estes entendimentos divergentes.

A questão é que esta diferenciação brasileira se encontra apenas na dimensão estrita dos precedentes estabelecidos no cotejo analítico e não representam, necessariamente, a jurisprudência de um ou outro tribunal.¹⁴⁸

O *distinguishing* é aplicado quando o tribunal analisa as diferenças dos fatos operativos entre o caso concreto e paradigma em sentido amplo, percorrendo toda história daquele precedente, e não para verificar se a decisão recorrida é diferente da proferida por outro tribunal em sentido estrito.¹⁴⁹ Para Marinoni, o caso que mais se assemelha ao *distinguishing* nos tribunais superiores brasileiros é quando o respectivo tribunal “analisa se a decisão recorrida diverge de precedente de sua lavra, apontado, atecnicamente, como decisão capaz de evidenciar a divergência jurisprudencial”.¹⁵⁰

No recurso de representação n. 769-14.2014.6.00.0000/DF, por exemplo, o TSE aplicou métodos de interpretação semelhantes ao *distinguishing* aplicado na *common law*. O advogado em seu recurso demonstrou a diferença entre a decisão recorrida do tribunal intermediário e o entendimento do próprio TSE. A distinção foi conhecida. Para isso o TSE trouxe um precedente de sua própria lavra para servir de paradigma na fundamentação de sua decisão. Este caso evidenciou a tentativa de valorização de seus precedentes.

A discussão de toda a representação, ajuizada pela coligação Muda Brasil, liderada por Aécio Neves, do PSDB, girou em torno da suposta propaganda eleitoral praticada pela presidente Dilma Rousseff antes do período permitido. A coligação dos partidos que apoiou Aécio alegou que a Presidente, em visita a cidade de Vitória/ES, proferiu discurso com conteúdo eleitoral no ato da entrega de 496 unidades habitacionais do programa Minha Casa Minha Vida, violando o art. 36 da Lei 9.504/97, que proíbe a propaganda eleitoral antes do período de campanha política.

Em defesa, a Presidente contra argumentou que seu discurso foi tão somente para prestar contas à população e de enaltecimento de esforços dos governantes locais que contribuíram para a realização das obras.

¹⁴⁸ ARAGÃO. op. cit. pp. 144-145.

¹⁴⁹ MARINONI. op. cit. p. 385.

¹⁵⁰ Idem. op. cit. p. 386.

O julgamento do TSE foi embasado em seus próprios precedentes. O discurso da presidente Dilma Roussef foi esmiuçado ponto por ponto e interpretado de acordo com o sistema eleitoral brasileiro, englobando a legislação e seus princípios. Posteriormente, o TSE trouxe o precedente paradigma (recurso de representação n. 989-51) do próprio Tribunal que fixou parâmetros objetivos para configurar a propaganda eleitoral extemporânea, quais sejam: referência a candidaturas, pedido de votos, referências elogiosas a determinada pessoa apontando-a como a mais apta para exercer determinado cargo e/ou propaganda negativa ao eventual opositor que extrapole os limites do debate político ou que seja ofensivo.

Além disso, foram utilizados vários precedentes sucessores do caso paradigma responsáveis pelo amadurecimento do entendimento da matéria que estava em discussão.

A partir de todas estas premissas o TSE, por maioria, aplicou a distinção do caso concreto que envolvia a presidente Dilma do precedente e a absolveu, pois não estavam presentes os elementos caracterizadores da propaganda eleitoral antecipada e que tão somente estava cumprindo seu dever constitucional de publicidade de prestar contas à população. Já no caso paradigma ficou evidenciado que as atividades do agente político incidiram naquelas particularidades objetivas construídas pelo próprio TSE, o que por consequência levou à sua punição.

A distinção praticada pelo TSE neste caso da Presidente se preocupou em analisar os fatos do caso concreto em harmonia com a própria legislação e, após, encontrou a essência do caso paradigma sob um olhar histórico de outros precedentes que haviam decidido naquele mesmo sentido para chegar ao desfecho do caso.

Acontece que, não raro, o TSE percorre um círculo vicioso de falsas premissas em decisões padronizadas e deixa de enfrentar todas as questões, gerando anti-isonomia entre decisões.

No AgR-AI n. 69-42.2014.62.25.000/SE de relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, o caso era similar ao da presidente Dilma Roussef envolvendo propaganda eleitoral, com a diferença de que neste caso a distinção ocorreu a partir de um dissídio jurisprudencial e não o *distinguishing* propriamente dito.

Trata-se aqui de ação ajuizada pelo MPE contra o então deputado federal e futuro candidato ao mesmo cargo André Luis Dantas Ferreira pelo PSC do estado de Sergipe. A denúncia do MPE se pautou também na utilização de propaganda eleitoral pelo candidato

antes do prazo permitido pela legislação. Entretanto, ao invés de discurso como no caso da Presidente, a discussão envolveu a propaganda de um *outdoor* pelo atual deputado federal e candidato à época.

Todas as defesas e recursos interpostos pelo deputado consistiram nas alegações de que a propaganda utilizada se prestava tão somente para informar à população de seus atos parlamentares, o que é permitido por lei (art. 36 e art. 36-A, da Lei n. 9.504/1997). Entretanto, não foi o que o MP alegou nem o que o Tribunal Regional Eleitoral do Sergipe entendeu.

O TER/SE reconheceu o ato ilícito do deputado e futuro candidato, pois nas palavras do próprio Tribunal de Sergipe “nítido o intuito do representado de agir em benefício da sua candidatura à reeleição, colocando-se em posição de real vantagem em relação aos outros candidatos, fato que, certamente, poderá desequilibrar a disputa eleitoral, incidindo em frontal violação ao disposto nos artigos 36 e 36-A da lei n. 9.504/97”.

Após a derrota no TRE/SE, o candidato levou a causa para o TSE. Em seu recurso especial eleitoral utilizou como paradigma no dissídio jurisprudencial o REspe n. 3628-84.2010.6.20.0000/RN de relatoria do Min. Marco Aurélio, e também o caso da Presidente Dilma, exposto acima, que tinham como objeto também a propaganda eleitoral antes do prazo permitido. A diferença é que a promoção dos atos nos paradigmas foram feitas pelo então prefeito de Natal Carlos Eduardo Alves e pré candidato a governador em propaganda partidária gratuita na televisão e pela Presidente Dilma em discurso político e não em *outdoor*.

Nestes casos paradigmas, seguindo a mesma linha de raciocínio de todos os precedentes que dizem respeito a este tema de propagandas eleitorais extemporâneas, ficou decidido que a configuração deste ato ilícito se configura apenas quando o candidato faz pedido explícito do voto, o que não aconteceu no discurso proferido na propaganda partidária, no discurso da Presidente e nem no *outdoor*, já que o prefeito de Natal e o deputado federal apenas ressaltaram as atividades realizadas ao longo de seus mandatos.

A min. Maria Thereza, ao julgar o caso concreto do *outdoor* e compará-lo aos precedentes do próprio TSE, partiu da premissa que ocorre diariamente nos Tribunais Brasileiros: analisou a letra fria da redação e não fez a interpretação da essência (*ratio decidendi*) do caso paradigma. Em apenas um parágrafo a ministra aplicou a distinção entre os precedentes simplesmente pelo veículo de comunicação do caso que estava julgando ser

outdoor e não propaganda partidária veiculada em televisão e rádio como no caso paradigma. Por esse motivo, contrariou o precedente do TSE e julgou no sentido da configuração de propaganda extemporânea, pois não havia similitude fática entre os casos, sendo acolhido por unanimidade.

Ora, ficou demonstrado em ambos os casos que não ocorreu pedido explícito de votos em nenhuma propaganda, e sim a exposição do que teriam feito na gestão de deputado federal (caso concreto), prefeito e Presidente (casos paradigmas), tendo resultados jurídicos diametralmente opostos. A ministra fez uma leitura demasiadamente estreita ao focar na diferença da veiculação das propagandas e não o fim para que se destinavam. O fato se ser *outdoor*, propaganda partidária ou discurso não deveriam influenciar no desfecho do julgamento, pois os veículos de divulgação eram apenas *obiter dictum*.

Maurício Ramires descreveu: “Em sentido estrito, não é possível fazer duas vezes a mesma experiência. [...] Apesar disso, é possível identificar padrões relevantes de semelhança e diferença entre dois casos judiciais”.¹⁵¹ Obviamente que os casos elencados acima não possuíam identidade absoluta, mas seus fatos operativos e a questão jurídica eram os mesmos: propaganda eleitoral. Como visto no primeiro capítulo, a essência do caso paradigma não é observada apenas pelo fato ou apenas pelo direito, mas sim por uma interpretação conjunta de ambos, pois formam uma unidade indissociável.

Nenhum evento é exatamente igual ao outro. Para uma decisão ser um precedente para outra não se exige que os fatos da anterior e da posterior sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, não haveria precedente para coisa alguma. Nós devemos, então, deixar o reino da identidade absoluta. Uma vez que façamos isso, todavia, fica evidente que a relevância de um precedente prévio depende de como nós caracterizamos os fatos advindos do caso anterior. É um senso comum que essas caracterizações são inevitavelmente embebidas de teoria. A fim de avaliar o que serve de precedente para o que, nós devemos abordar algumas determinações das semelhanças relevantes entre dois eventos. Por sua vez, devemos extrair essa determinação de algum padrão de organização, especificando quais semelhanças são importantes e quais podemos tranquilamente ignorar.¹⁵²

Para Schauer, o precedente é formado com base em decisões pretéritas e ao mesmo tempo deve prever situações hipotéticas que possam ocorrer no futuro para servir de base jurídica a outros casos concretos. Esse efeito prospectivo dos precedentes é criticado por

¹⁵¹ RAMIRES. op. cit. p. 76.

¹⁵² SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: JÚNIOR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; MACÊDO, Lucas Buril de (coordenadores). **Precedentes**. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015. p. 56.

Lamy e Luiz¹⁵³, com o argumento de que imputar responsabilidade ao juiz para proferir decisões preocupadas com o futuro, criam regras universais, ficam distantes dos verdadeiros fatos e abrem margem para interpretações dissociadas da realidade, gerando a imprevisibilidade do direito.

No caso das propagandas, os ministros não tiveram preocupação com o passado e pioraram a situação do futuro, pois agiram casuicamente aplicando uma regra como se estivesse partindo do zero. Os intérpretes não fizeram a inserção do caso que estavam julgando no campo gravitacional de Dworkin – que descreve a extensão da influência de um precedente conforme explicado no primeiro capítulo deste trabalho – e muito menos interpretaram sob o olhar principiológico dos casos o qual os magistrados da *common law* se preocupam em fazer.

Mais que isso: perderam a oportunidade de fazer valer a autoridade dos precedentes do TSE e preservar a uniformidade da interpretação da legislação eleitoral brasileira. O fato de contrariarem seu próprio entendimento a partir de uma distinção equivocada só abriu caminho para mais divergência nos Tribunais Regionais Eleitorais e deu brecha para mais recursos especiais eleitorais. O resultado disso é o aumento de causas repetidas no TSE e dificuldade pelo apreço na qualidade dos julgamentos.

Dois casos idênticos e duas soluções distintas. No caso da presidente Dilma houve fundamentação e respeito aos precedentes para se chegar à solução, já no outro houve uma distinção equivocada por parte do Tribunal, que nem debate teve, em razão de uma decisão mecânica que provavelmente já estava pronta nos arquivos da relatora, bastando apenas modificar as partes e o parágrafo que aplicou a distinção. Estas situações ilustram a importância que o TSE dá para casos que possam ter repercussão nacional, como no caso da presidente, e a maneira que tratam quando o caso não possui tanta expressão política entrando na vala comum de julgamentos padronizados e diminuindo o grau de credibilidade do Tribunal.

Existem casos também de distinção que é até acertada, mas não há o mínimo de argumentação capaz de justificar o afastamento do precedente para chegar a um resultado diverso do paradigma. Foi o que aconteceu no AgR-AI n. 804-88.2012.6.19.0040. Ocorreu uma denúncia promovida pelo Ministério Público Eleitoral contra Anailza Dias

¹⁵³ Lamy, Eduardo de Avelar; Luiz, Fernando Vieira. *Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer*. **Revista de Processo**. São Paulo, 2015. No prelo.

Alvez, candidata a vereadora em Três Rios/RJ, com alegação de captação ilícita do sufrágio, a conhecida compra de voto. A candidata perdeu em primeira e segunda instância, levando o caso para o TSE.

O recurso especial eleitoral teve como argumento principal a falta de prova capaz de atestar a relação da candidata com a pessoa que praticou a conduta ilícita, não podendo assim presumir tal conclusão pelo simples fato da conduta ter sido feita por terceiro estranho ao processo. Trouxe como precedente paradigma o REspe n. 36.335/AC que fixou a necessidade de prova robusta para admitir a participação ou a anuência do candidato na conduta ilícita, o que de fato é o entendimento pacífico do TSE.

No bojo do voto, o Gilmar Mendes replicou a decisão de segunda instância como forma de justificação. Trouxe os principais elementos que lá ficaram consignados: testemunhas que confirmaram a compra do voto, o agente que praticou o ilícito era cabo eleitoral da candidata amplamente conhecido e os documentos apreendidos que comprovaram o que as testemunhas disseram estavam alocados no único comitê de campanha da própria candidata.

Com estas premissas literalmente copiadas da decisão do TRE/RJ, o TSE em um modesto parágrafo conclui:

“não há menor dúvida de que a recorrente, se não participou, ao menos teve ciência de todo o esquema montado para corromper a vontade do eleitor. O fato de o responsável direto pelo ocorrido ser cabo eleitoral da recorrente, a existência de cópias de títulos eleitorais no comitê de campanha e os depoimentos das testemunhas integram harmonioso conjunto probatório suficiente a emprestar certeza da prática da capacitação ilícita de sufrágio pela recorrente”.¹⁵⁴

A partir disso trouxe o caso paradigma (REspe n. 36.335/AC):

Assim, por não haver prova robusta em nenhum dos eventos investigados, e, de outra parte, a existência de contradições e imprecisões nos elementos probatórios colhidos, deve-se afastar a ilícita captação de sufrágio, nos termos da jurisprudência desta c. Corte Superior Eleitoral.

Comparando estas premissas, Gilmar Mendes realizou a distinção de seu caso ao do paradigma com apenas um mero enunciado de que a similitude fática entre ambos não era a mesma, já que no caso concreto havia um conjunto de provas robustas que atestavam a anuência da candidata na conduta do cabo eleitoral de compras de voto, e no precedente havia apenas provas testemunhais contraditórias, o que gerou dúvida aos julgadores e na incerteza não a puniram conforme preleciona o entendimento do TSE.

¹⁵⁴ TSE, AgR-AI n. 804.88.2012.6.19.0040/RJ, pp. 7-8.

O problema deste caso foi que os julgadores não se preocuparam em detalhar os depoimentos das testemunhas para averiguar se realmente eram contraditórios, simplesmente copiaram e colaram a conclusão do precedente paradigma ao caso concreto para aplicar a distinção.

Este tipo de julgamento é o que mais ocorre nos tribunais superiores, em especial o STJ. Seus votos são proferidos com o retrato fiel das decisões de segundo grau e ao final apenas concordam com a decisão *a quo*, sem interpretar os fatos já consolidados nos autos e o direito a ser aplicado.

Claro que existem situações no próprio TSE de fácil interpretação que não precisam de profundas análises jurídicas para fundamentá-las como nos casos anteriores e aplicá-las as devidas distinções, principalmente quando envolvem questões procedimentais, bastando apenas simples apreciações da jurisprudência e da lei.

É o que ocorreu no AgR-AI n. 800-58.2012.6.14.0018/PA de relatoria do min. João Otávio de Noronha que envolveu uma juntada de substabelecimento posterior ao ato de interposição do recurso especial eleitoral. E aqui não se trata de dissídio jurisprudencial em análise de admissibilidade de REspe, mas sim de distinção entre precedentes do TSE. O advogado protocolou o recurso especial e juntou o substabelecimento que lhe conferia poderes apenas depois da sua distribuição no TSE, o qual julgou monocraticamente como recurso inexistente de acordo com o enunciado n. 115 da Súmula do STJ¹⁵⁵.

Insatisfeito, o advogado interpôs agravo regimental para levar a causa ao plenário e trouxe como precedente paradigma o REspe n. 173-87.2012.6.03.0009, do próprio TSE, que entrou no mérito do recurso mesmo com procuração inexistente nos autos, conforme preceitua a ementa:

Recurso especial. Eleições 2012. Procuração. Extravio. Peculiaridades do caso. Regularidade. Representação processual. Embargos de declaração. Violação. Art. 275 do Código Eleitoral

Ocorre que este caso paradigma utilizado pelo advogado para demonstrar que o TSE já havia decidido a seu favor, possuía algumas peculiaridades facilmente perceptíveis diferentes do caso concreto.

De fato, no caso paradigma, os ministros do TSE entraram no mérito do recurso mesmo com procuração inexistente e substabelecimento sendo apresentado depois da

¹⁵⁵ Súmula 115 do STJ – Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.

interposição do REspe. Se a análise da distinção ficasse apenas nesta rasa conclusão, o que é comum no TSE diante os casos já demonstrados, realmente um julgamento posterior que não admitisse o recurso em razão da falta de procuração ou substabelecimento estaria indo contra um sistema previsível e coerente. A diferença deste precedente é que houve confusão na cadeia sucessória dos advogados com o extravio de uma procuração.

Neste caso paradigma, o advogado interpôs o REspe e posteriormente juntou um substabelecimento que conferiu poderes a outro patrono. Este pedido foi indeferido sob o argumento de que o advogado subscritor do recurso não tinha procuração nos autos. Imediatamente o recorrido requereu a incidência da súmula 115 do STJ por meio de petição simples. A partir daí iniciou-se uma batalha de petições e despachos antes mesmo do julgamento do caso.

Depois das explicações, ficou comprovado que havia sim procuração em nome do subscritor do recurso. A questão é que foi retirada, extraviada ou perdida sem qualquer culpa do recorrente. Este fato ficou devidamente comprovado nos autos. O ministro relator Henrique Neves da Silva chegou a pedir até mesmo informações ao TRE/AP sobre o caso para ter certeza sobre a existência de tal documento.

Após todos os esclarecimentos, o ministro relator do caso paradigma efetuou uma distinção do próprio enunciado n. 115 da Súmula do STJ, por uma razão bastante óbvia: por mais que inexistisse procuração no momento da interposição do recurso, ela foi apresentada em momento oportuno, porém perdida ou captada por questões não imputáveis ao recorrente. Por esse motivo, o ministro entrou no mérito do recurso, sendo vencida esta questão processual. Diferente do caso concreto, onde o REspe realmente foi interposto por advogado sem poderes nos autos, sendo o substabelecimento juntado posterior ao ato de interposição do recurso. Nesse sentido o ministro relator João Otávio de Noronha afastou o precedente paradigma e deu resultado diferente a situação que estava em julgamento.

Nestes casos da procuração, as diferenças entre os fatos operativos eram claras: a perda do documento sem causa do recorrente. Se a identificação ou distinção ficasse restrita apenas às ementas, dificilmente seria possível aplicar um *distinguishing* face a semelhança de informações contidas em ambas. O TSE, de maneira unânime, analisou todos os fatos operativos e aplicou a distinção do caso concreto daquele caso paradigma exatamente por conter fatos a mais que os diferenciavam.

Casos como estes são facilmente encontrados no judiciário brasileiro e

suscetíveis de erros se não forem levados em conta todas as matérias de fundo, pois um fato a mais impõe uma nova condição para se ter o mesmo resultado.

Este caso das procurações relembra o exemplo trazido por Marinoni apresentado no primeiro capítulo deste trabalho¹⁵⁶ quando foi ilustrado três casos hipotéticos: *Black v. Black*, *White v. White* e *Grey v. Grey*. Os dois primeiros são compostos pelos fatos *a*, *b*, e *c*, logo deve se esperar o mesmo resultado para ambos. Já o terceiro caso, possui os fatos *a*, *b*, *c* e *f*, ou seja, há uma nova circunstância que limita a *ratio decidendi* em relação aos outros dois casos paradigmas *Black v. Black* e *White v. White*, logo não será possível ter o mesmo resultado dos casos anteriores.

O caso paradigma da procuração é o *Grey v. Grey* de Marinoni, pois a condição de extravio da procuração sem culpa do recorrente naquele momento era o fato operativo, no caso a letra *f*, que deu uma nova interpretação ao ponto de considerar o recurso existente e entrar em seu mérito. Já o caso concreto se enquadra no *Black v. Black* tão somente com os fatos *a*, *b*, e *c* em que também não havia procuração do advogado subscritor do recurso, porém, não tinha no bojo de seus fatos a perda do documento sem sua culpa.

Nesta circunstância o TSE evitou uma sucessão de erros involuntários que envolvessem casos iguais, pois estaria abrindo um precedente que aceitasse recursos especiais eleitorais sem procuração nos autos, contrariando seu próprio entendimento e o enunciado n. 115 da Súmula do STJ.

Mas nem sempre o TSE se atém a estes detalhes, como já mencionado no segundo caso, que envolveu propagandas eleitorais. O que mais existe na sua pesquisa eletrônica de jurisprudência são ementas com expressões clássicas e mecanizadas que caracterizam o modo da execução do seu dissídio jurisprudencial.¹⁵⁷ Expressões como *ausência de cotejo analítico*, *ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão recorrente* e *mera transposição de ementas* são amplamente encontradas no catálogo de julgamentos do TSE. Mais: a fundamentação dos julgados que possuem estas expressões em suas ementas é composta simplesmente pela própria ementa, pois não há argumento algum, senão um mero parágrafo ligando estas expressões de forma genérica.

Estas deduções simples entre o caso concreto e o precedente paradigma são

¹⁵⁶ Fl. 25 deste trabalho.

¹⁵⁷ ED-AgR-AI n. 987783; AI-REspe n. 230812; AgR-AI n. 17154; AgR-REspe n. 3067; AgR-REspe n. 11806; AgR-REspe n. 67623; AgR-REspe n. 311721; AgR-AI 10.353; AgR-REspe n. 30.530...

frutos de uma concepção por parte dos magistrados de que ementas e verbetes extraídos de julgados passados são universais, bastando fazer a união entre o processo que está sendo julgado em um desses universais para levar a crer que a sua conclusão está pautada na racionalidade. É com esse espírito que se cria o método jurisprudencial no país: os magistrados mencionam isoladamente textos de lei e posteriormente para dar um tom ainda mais veraz colacionam uma ou mais ementas jurisprudenciais como se trouxessem a melhor solução para o caso. No Judiciário Brasileiro este problema se torna ainda mais grave, pois, não raro, os precedentes são amplamente contraditórios, dando soluções diferentes para casos idênticos.¹⁵⁸ Estas constatações são facilmente perceptíveis aos casos analisados acima.

Na maioria das vezes o sentido produzido por estas expressões acima é de que não basta o advogado trazer no bojo de seu recurso um cotejo analítico com mera cópia de ementas sem demonstrar a similitude fática entre os acórdãos do caso concreto e paradigma. E assim os relatores encerram seus votos alegando que o dissídio não foi verificado. Nem de longe os fatos são analisados pelo Tribunal para verificar se realmente os acórdãos possuem ou não os mesmos fatos. Simplesmente condicionam esta atividade ao advogado e se eximem de qualquer análise mais profunda dos fatos que circundam os casos.

Em realidade, os magistrados de tribunais superiores, e aqui engloba o TSE, são distantes dos fatos os quais as normas se destinam. Este distanciamento decorre do ensino jurídico e prática forense do Brasil que historicamente são preocupados com a norma e não com a análise de casos. Outro fator que contribui para o distanciamento entre direito e fatos destas soluções genéricas de dissídio jurisprudencial são as próprias regras de recursos especiais que vedam a rediscussão de situações fáticas alegadas e provadas, restringindo-se apenas às questões de direito, mais especificamente à violação de lei federal. Com esta divisão entre fatos e direito, a realidade social e histórica fica totalmente apartada do julgamento, tendo por resultado *standards* jurídicos a partir de repristinações involuntárias e inconscientes da jurisprudência dos conceitos.¹⁵⁹

Vale a crítica de Mauricio Ramires:

O caminho mais curto para o esquecimento do mundo concreto e para o encobrimento dos fatos da vida é a busca de lições jurídicas em meros verbetes ou ementários jurisprudenciais, em vez de acórdãos ou decisões judiciais completas (que ao menos são dotados obrigatoriamente de um relatório de processo, com um resumo do caso decidido). É sabido que dentre as mais consultadas obras jurídicas na prática forense estão os códigos comentados, que apresentam inúmeros verbetes à

¹⁵⁸ RAMIRES. op. cit. p. 45.

¹⁵⁹ RAMIRES. op. cit. p. 47.

guisa de ilustrar a interpretação jurisprudencial de cada artigo. Tais verbetes são enunciados de, quando muito, duas ou três linhas, que ganham ali total independência do contexto para o qual foram originalmente redigidos. As ementas, por sua vez, são resumos dos julgamentos que, por definição, são elaborados nos termos mais gerais que se fizerem possíveis. O ideal que se persegue em um e outro caso, é sempre a depuração dos conceitos em relação à particularidade dos casos.¹⁶⁰

Esta generalização de conceitos acaba facilitando a vida de todos. Tanto do magistrado pra formar o seu voto, como para o advogado que utiliza os mesmos termos para casos descontextualizados do caso a qual foi destinado. O efeito dessa deturpação de expressões é a fragilidade do sistema jurídico brasileiro e prejuízo ao jurisdicionado, que por conter precedentes persuasivos, possui decisões completamente antagônicas entres si.

O tratamento de uma mesma regra geral para casos distintos leva o direito à sua hiperintegração em que as peculiaridades do caso são sucumbidas pelo todo. Obviamente que cada caso não deverá ser analisado exageradamente nas suas especialidades de configurando um *grau zero* de sua evolução, sob pena do efeito reverso chamado de desintegração do direito (dar solução jurídica dissociada de decisões pretéritas, como se fosse a primeira decisão judicial da história). O que precisa é dar coerência às decisões judiciais com a prática jurídica, pois o direito não aceita casuísmos e, ao mesmo tempo, aplicar as distinções quando os casos exigirem respostas individualizadas.¹⁶¹

À luz destas premissas, vale mencionar a ação penal n. 6-10.2015.6.24.0000 que tramitou no TRE/SC. Por mais que ainda existam problemas nas técnicas de interpretação e julgamento, este julgado é exemplo de avanço da justiça eleitoral na incorporação de um sistema de precedentes previsível, seguro e coerente.

Esta ação penal foi ajuizada na 92ª Zona Eleitoral de Criciúma com suporte em inquérito policial contra alguns agentes políticos, inclusive o prefeito reeleito, do município de Treviso pela prática do crime no art. 299 do Código Eleitoral, que tipifica a captação ilícita do sufrágio universal ou compra de votos. Houve o proferimento de um minucioso relatório e, após explicar todo o contexto, adentrou-se ao voto.

O inquérito policial foi instaurado sem o acompanhamento do TRE/SC, necessário quando existe a presença de prefeito no rol de réus da ação penal, conforme determina o art. 29, X. Isso se dá por conta do foro por prerrogativa de função. Para chegar a esta conclusão, o min. rel. Fernando Vieira Luiz baseou seu voto em precedentes do STF e TSE e ainda aplicou distinções como será visto adiante.

¹⁶⁰ Idem. op. cit. p. 49.

¹⁶¹ Idem. op. cit. p. 105.

Em um primeiro momento trouxe a regra geral já pacificada pelo STF lastreada por precedentes (HC n. 116442, Rel. Min. Carmén Lúcia; ARE 654192, Rel. Min. Gilmar Mendes), de que o inquérito policial, por ser meramente informativo e até mesmo dispensável, não possui poder para anular qualquer ato do processo judicial. Posteriormente, empregou a distinção, pois quando se trata de foro por prerrogativa de função, esta regra não se aplica, já que é necessário o acompanhamento da Corte no andamento do inquérito quando o prefeito faz parte da investigação.

Com estas premissas, traz o *leading case* (Questão de ordem na petição n. 3825) proferido pelo STF que possuía a mesma *ratio* do caso em julgamento para lastrear a sua fundamentação, com a diferença do agente político ser senador e não prefeito:

Detalhe que aqui o desembargador eleitoral não incorreu no mesmo erro do TSE quando não fizeram esta interpretação ao aplicarem a distinção equivocada para os casos da propaganda eleitoral (*outdoor* x propaganda partidária gratuita).

Além disso, trouxe outro precedente do TSE que ia ao mesmo sentido daquele proferido pelo STF, considerando essencial a supervisão judicial nos casos de competência originária por foro por prerrogativa de função.

E para sacramentar toda fundamentação feita com base em precedentes o desembargador Fernando Vieira Luiz trouxe à tona mais dois precedentes do TSE que poderiam ser utilizados por algum advogado como forma de argumentação para demonstrar um eventual dissídio: um do STF (Processo crime eleitoral n. 360 de 2002) e outro do TSE (*Habeas Corpus* n. 136413).

No precedente do STF, o relator demonstrou a superação daquele entendimento pelo *leading case* n. 3825, julgado em 2007, mencionado acima. Detalhe: trouxe até mesmo a expressão *overruling* da *common law*. Mais: trouxe a importância do STF como corte de uniformização do entendimento constitucional do país, deixando clara a autoridade de seus precedentes perante os tribunais em hierarquia inferior. Já o precedente do TSE, o Desembargador encontrou a *ratio* e realizou a segunda distinção, utilizando o termo inglês *distinguishing* e demonstrando a diferença de ambos os casos e do porquê não é possível fazer analogia entre eles. O caso concreto não teve supervisão do TRE, já o caso paradigma até ficou sem supervisão por algum tempo, porém quando o tribunal competente teve ciência e começou a acompanhar, não tinha ocorrido ainda nenhum despacho ou decisão que pudesse colocar em risco a função pública do prefeito. Este foi o motivo principal pela

não anulação do caso paradigma que poderia ser utilizado como forma de defesa pela parte vencida contra o caso concreto.

Este caso do TRE/SC, ainda que tenha sido um caso isolado diante a realidade do país, indica que já existem magistrados incorporando a técnica de precedentes no judiciário brasileiro, sobretudo na Justiça Eleitoral. Todo o voto foi pautado no histórico de precedentes, tanto do STF e TSE, inclusive precedentes que poderiam ser utilizados como antagônicos por advogados e, para evitar qualquer equívoco no futuro, aplicou de ofício as técnicas de superação e distinção, se assemelhando na íntegra ao *overruling* e *distinguishing* do sistema *common law*.

Todos os casos estudados do TSE e este último do TRE/SC apontam no sentido de que a Justiça Eleitoral caminha cada vez mais para o respeito de seus precedentes. O TSE possui uma longa escala de entendimento formado no que tange ao direito eleitoral. Esta delimitação da matéria acaba sendo mais efetiva por ser uma justiça especializada, o que o diferencia de STJ e STF.

Há distinções de precedentes todos os dias em nosso país. Acontece que poucas são aplicadas corretamente dentro de um sistema racional e previsível. A maioria é utilizada de modo mecanizado como válvula de escape para não julgar as causas que chegam aos tribunais. Assim, acabam não dando autoridade à jurisprudência dos tribunais superiores a si próprios e aos tribunais que estão hierarquicamente abaixo e dão um efeito contrário: a anti-isonomia de decisões.

É preciso ter uma assimilação dos conceitos destas técnicas de padrão decisória. Só desta maneira sairão das simples distinções que autorizam os julgamentos de causa no caso do dissídio jurisprudencial e passarão a distinguir precedentes à luz da coerência e da integridade do sistema.

3.3 A influência do CPC de 2015 nos precedentes da Justiça Eleitoral

A função deste tópico é demonstrar em linhas gerais o poder de influência do CPC de 2015 em contraponto com o atual CPC na esfera do direito eleitoral, principalmente no que diz respeito à vinculação de precedentes e obrigatoriedade de fundamentação das decisões.

Sendo o CPC regra fundamental de direito processual brasileiro, não se tem

dúvidas quanto a sua aplicação subsidiária às outras esferas do direito, e aqui se enquadra o direito eleitoral.

O grande desafio está nas relações principiológicas entre o direito processual civil e o direito processual eleitoral.

Não raro, os magistrados da Justiça Eleitoral se apóiam no atual CPC para dirimir algumas questões não estabelecidas na legislação processual eleitoral. Ocorre que numa singela leitura do CPC de 1973 é possível notar o seu caráter individualista e patrimonialista, ou seja, contrário ao caráter coletivo do direito eleitoral. As técnicas processuais civis coletivas não passam do instituto de litisconsórcio, que ainda assim é encontrado problemas quando, por exemplo, está diante da proteção de um bem indivisível, em que a solução deve ser uniforme para todos os titulares do direito, compondo os pólos da demanda ou não.¹⁶²

Partindo destas premissas, a utilização do CPC atual na Justiça Eleitoral não passa de procedimentos subsidiários e, inclusive, depois de vencidas as análises que poderiam entrar em confronto com os valores do direito material eleitoral.

O direito material eleitoral é, na sua essência, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Não por acaso, as normas fundamentais do direito eleitoral estão previstas na Constituição Federal, habitando os princípios estruturantes e fundamentais do Estado Brasileiro. Os princípios e regras que alicerçam o direito eleitoral, formando sua tessitura, estão diretamente relacionados a dignidade do ser humano, com democracia, com pacto federativo e com a própria forma de ser Estado Brasileiro.¹⁶³

A proteção da democracia é a principal função do Direito Eleitoral. Por isso, se trata de um direito coletivo que possui o poder de tutelar a sociedade como um todo e não apenas um mero indivíduo nela inserido.

Assim, demandas eleitorais são consideradas demandas coletivas que possuem procedimentos específicos encontrados na legislação eleitoral e, como o CPC atual possui em sua gênese princípios com o espírito individualista, não é possível retirar interpretações sistêmicas e principiológicas para servir de base nas decisões judiciais da Justiça Eleitoral.

Em contraponto, o CPC de 2015, à luz da Constituição Federal, irá trazer à Justiça Brasileira a superação desse modelo liberal individualista que, de plano, poderá ser

¹⁶² RODRIGUES. Marcelo Abelha. JORGE. Flávio Cheim. **Manual de Direito Eleitoral**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014. pp. 273.

¹⁶³ Idem. op. cit. p. 274.

visto em seu primeiro capítulo nas normas fundamentais.

Dierle Nunes:

Nesse contexto, o CPC/2015 busca alinhar ao modelo democrático e constitucional de processo, com o reforço de seu aspecto principiológico logo em seu capítulo introdutório, que menciona expressamente o princípio de boa fé objetiva (art. 5º), da cooperação entre sujeitos processuais (art. 6º - teoria normativa da comparticipação), do contraditório como paridade de armas (art. 7º), de bilateralidade de audiência (art. 9º), e, mais importante, como manutenção do sentido das reformas processuais gestadas sob um discurso neoliberal e quebrando o “velho” modo de julgamento empreendido pelos magistrados (solipsismo).¹⁶⁴

O estilo democrático foi incorporado no CPC de 2015 que encampou os princípios gerais estabelecidos na Constituição Federal, informadores de toda a ordem jurídica nacional. Com isto, o CPC de 2015, ainda que possua natureza privada, por se enquadrar nesse espírito popular, se aproxima muito mais dos princípios que norteiam o direito eleitoral do que o atual CPC.

Além disso, o CPC de 2015 deixa expresso em seu art. 15 que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Quer dizer: o legislador fez questão de deixar clara a importância do CPC para todos os outros ramos do direito, em especial para a Justiça Eleitoral que não só vem na frente das outras áreas como passa a compatibilizar com os princípios do CPC de 2015.

Assim, o CPC de 2015 passa a ter um papel fundamental na estruturação sistêmica no *modus operandi* da Justiça Eleitoral, ainda mais com a instituição do sistema de precedentes judiciais que será aplicado em todo o Judiciário Brasileiro.

O art. 926 do CPC de 2015 é nada menos que a *chave de leitura*¹⁶⁵ para o sistema de precedentes brasileiro. Funciona “como uma linha mestre para a formação, aplicação e o desenvolvimento do direito jurisprudencial no Brasil, cujas técnicas de aplicação, de distinção e de superação devem partir das premissas nele estabelecidas – a estabilidade, a integridade e a coerência”.¹⁶⁶

Para que a força obrigatória entre precedentes não fique apenas na teoria, será necessário dois requisitos: um sistema hierárquico em que os tribunais superiores sejam respeitados, com a correta compreensão de até que ponto as decisões serão vinculantes a cada

¹⁶⁴ NUNES; HORA. op. cit. p. 322.

¹⁶⁵ Expressão utilizada nas obras que envolvem precedentes de Lenio Streck.

¹⁶⁶ NUNES; HORTA. op. cit. p. 326.

uma das instâncias e um catálogo de jurisprudência seguro. Estas duas características são exatamente aquelas que foram responsáveis pela permanência da doutrina *stares decisis* na *common law*.¹⁶⁷

Neste sentido, é muito importante compreender o sistema *common law* para que as técnicas de julgamento (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling* e *distinguishing*) não sejam deturpadas por decisões padrões. Na tentativa de evitar este problema, o CPC de 2015 exige por meio do seu art. 489 um reforço argumentativo das decisões judiciais. Inclusive em seu inciso VI deixa expresso que, para não seguir precedente, será necessário demonstrar a distinção (objeto de estudo do presente trabalho) ou superação do seu entendimento.

Mais que isso: no caso de dissídio jurisprudencial o art. 1.029, §2º, do CPC¹⁶⁸, impede que o tribunal inadmita o recurso via fundamento genérico sem demonstrar a existência da distinção. Este é um problema que ocorre em todos os tribunais superiores brasileiros, em especial no TSE, que nos casos de dissídio jurisprudencial aplica distinção sem expor onde estão as diferenças, mas tão somente replica expressões padrões já colocadas em decisões passadas, como visto no tópico anterior. Nessa mesma linha, muitos outros artigos evidenciam a distinção com o intuito de trazer definitivamente segurança jurídica e previsibilidade ao jurisdicionado, como por exemplo, o art. 1.037, §9º e §12º e o art. 1.042, §1º, II, que tratam de recursos nos tribunais superiores.

Estas previsões legais têm por objetivo fixar no pensamento dos profissionais de direito brasileiros que ao aplicar técnicas como a distinção (*distinguishing*), façam de modo racional a partir de analogias que identifiquem ou diferenciem os fatos operativos dos precedentes e dos casos concretos.

É com esse espírito que o CPC de 2015 irá influenciar na Justiça Eleitoral. Passa de mero coadjuvante a praticamente um ator principal. Irá contribuir de maneira significativa na evolução do direito eleitoral brasileiro, sobretudo no que envolve o método de proferimento das decisões judiciais, as quais são responsáveis diretas pela manutenção da ordem e democracia brasileira.

¹⁶⁷ Cambi; Fogaça. op. cit. p. 345.

¹⁶⁸ Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: [...] §2º Quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.

Antes de encerrar este capítulo, é necessário mencionar a tramitação do projeto de lei n. 168 da Câmara deste ano, que pretende alterar o CPC de 2015 mesmo ainda sem entrar em vigência. A volta do duplo grau de admissibilidade dos recursos extraordinários – aqui no sentido *lato sensu* – está sendo considerada a marca registrada do projeto.

Ocorre que, neste apagar das luzes, o art. 1.029, §2º mencionado acima está sendo revogado. Este artigo surgiu para vedar decisões padrões e mecanizadas as quais, como visto no tópico anterior, são práticas recorrente do TSE nos recursos fundados em dissídio jurisprudencial.

Caso realmente seja aprovado, tudo indica que vai ser, pois o projeto de lei já foi aprovado nas CCJs do Senado e da Câmara, o CPC de 2015 irá voltar para o passado e problemas de fundamentação nos dissídios jurisprudenciais continuarão nos mesmos moldes de hoje, meras réplicas de parágrafos prontos sem contextualização com o caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre sistema de precedentes permitiu andar sobre dois temas específicos: processo civil e Justiça Eleitoral.

A principal função do trabalho foi analisar a distinção de precedentes do TSE e ao mesmo tempo sustentar a possibilidade de um sistema racional pautado em técnicas de julgamento desenvolvidas em uma tradição jurídica estrangeira, a conhecida *common law*. O protagonista desta defesa foi o CPC de 2015 (art. 926 e seguintes) que trouxe a eficácia vinculante dos precedentes ao caso concreto análogo às suas premissas fáticas e de direito, diferentemente do que aconteceu até então na dinâmica forense atual: jurisprudência com eficácia persuasiva.

Paralelamente, estudou-se a Justiça Eleitoral e suas peculiaridades. Esta análise ocorreu para melhor entender o seu funcionamento e sua operacionalidade diurna. Neste sentido, ocorreu a exposição da atuação do TSE como corte de uniformização de jurisprudência e suas funções.

O interesse desse sincretismo entre processo civil, especialmente no que diz respeito a precedentes, e Justiça Eleitoral, deu-se por conta da valorização destes temas nos últimos anos. O respeito aos precedentes vem sendo debatido entre juristas brasileiros há muito tempo e, com a inclusão do CPC de 2015 no ordenamento jurídico, esta matéria expandiu para além dos debates acadêmicos e consolidou-se como realidade no sistema jurídico nacional. Já a Justiça Eleitoral, diante a crise política do Brasil, é cada vez mais acionada e muito pouco estudada frente a outras matérias de direito. Por esse motivo optou-se em unir dois temas tão importantes e atuais do Judiciário Brasileiro.

Para isso, dividiu-se o texto em três capítulos; os dois primeiros, ainda que parecessem desconexos entre si, serviram de base teórica para o último.

No Capítulo 1 falou exclusivamente da *common law* e a vinculação de seus precedentes. A tradição de séculos do magistrado em analisar casos e fazer comparações com precedentes para depois declarar ou criar direito forma o ponto crucial do amadurecimento e racionalidade do sistema. Esta vinculação não existiu desde sua concepção, em realidade, surgiu a partir da criação da doutrina *stare decisis*, o que não pode se confundir com a prática do juiz em respeitar às decisões passadas, pois se trata de uma questão cultural existente

muito antes desta doutrina de vinculação. Além disso, as argumentações dos magistrados em suas decisões são baseadas em técnicas que não deixam o direito ficar estático e contrapor a evolução da realidade social. Contam com o *overruling* (superação de entendimento) e o *distinguishing* (a regra do precedente não é aplicada ao caso concreto por não serem semelhantes entre si). Esta capacidade de fundamentação é oriunda da experiência do julgador em interpretar questões essenciais e periféricas de um precedente, conhecidas por *ratio decidendi* e *obiter dictum*, respectivamente. Todas estas questões são imprescindíveis para o aperfeiçoamento de respeito aos precedentes no Brasil.

O Capítulo 2 destinou sua atenção tão somente à Justiça Eleitoral. Sua história se confunde com a própria evolução das formas de estado brasileiro, do Império à República. Hoje ela possui um importante papel na democracia do país. O TSE, tribunal de sobreposição e responsável pelo comando das eleições, possui o dever de promover segurança jurídica ao jurisdicionado sobre questões pertinentes ao direito eleitoral. Suas funções administrativa, consultiva e regulamentar o diferem dos outros tribunais que possuem apenas a jurisdicional. Isto amplia o seu poder de atuação e acaba repercutindo nas decisões judiciais, pois também servem de parâmetros para argumentações.

A partir destes pontos, entrou-se no Capítulo 3. Houve um esforço para interligar as questões dos capítulos anteriores e demonstrar a coerência lógica do trabalho. O enfoque foi direcionado para o quão importante é, independente do sistema jurídico, respeitar precedentes. No Brasil, esta preocupação em aplicar *soluções idênticas para casos idênticos* iniciou-se com a promulgação da Constituição Federal e outras inúmeras alterações legislativas processuais civis que demonstraram a valorização dos precedentes por parte do legislador.

Nesse sentido, por escolher a Justiça Eleitoral como parte do trabalho, o TSE foi o tribunal uniformizador de jurisprudência utilizado para averiguar a maneira que seus ministros trabalham com precedentes. Em especial, foi observado a técnica de distinção a partir dos estudos do *distinguishing* da *common law*.

O TSE faz distinções de precedentes todos os dias, principalmente em análise de dissídios jurisprudenciais, mas não dá importância na argumentação para identificar ou distinguir elementos que possam justificar suas soluções jurídicas de cada caso. Isto faz com que muitas vezes esta técnica de distinção não seja semelhante ao *distinguishing* causando um efeito contrário de seu objetivo: a provocação da anti isonomia.

De todo modo, o TSE possui uma tendência maior do que STF e, principalmente STJ, em respeitar seus próprios precedentes. Além disso, demonstra uma maior autoridade sobre os tribunais abaixo hierarquicamente. Como a Justiça Eleitoral é especializada, quer dizer, atua apenas em matéria de direito eleitoral, os ministros possuem menos demandas e melhores condições para manter seu entendimento unificado. Este é o motivo preponderante da diferença entre o TSE e os outros tribunais.

Por fim, revelou-se a influência do CPC de 2015 no que tange ao sistema de precedentes e obrigatoriedade de fundamentação nas decisões (art. 489) e até mesmo outras questões subsidiárias que podem ser utilizadas no processo eleitoral. Em questões de princípios, o CPC de 2015 superou o conceito individualista do atual CPC e com seu espírito coletivo tomou maior aproximação do Direito Eleitoral.

De todo o trabalho foi possível chegar a uma conclusão incontroversa: a qualificação da distinção (*distinguishing*) é uma importante ferramenta para dar harmonia ao sistema e consequentemente trazer igualdade às decisões, visando a racionalidade, previsibilidade e segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. *A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual*. In: AURICCHIO, Luiz Carlos de Souza (coord.). *Revista dos tribunais*. v. 922. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2012.

BARREIROS. Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In: JÚNIOR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; Macêdo, Lucas Buril de (coordenadores). *Precedentes*. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *A função dos tribunais superiores*. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (org.). *STJ 10 anos: obra comemorativa 1989 – 1999*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. *Código de Processo Civil*. Brasília. 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>

BRASIL. Congresso Nacional. *Código de Processo Civil*. Brasília. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>

BRASIL. Congresso Nacional. *Código Eleitoral*. Brasília. 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>

BRASIL. Congresso Nacional. *Código Tributário Nacional*. Brasília. 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 9.504*. Brasília. 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>

BRASIL, Congresso Nacional. *Projeto de lei da Câmara n. 168, de 2015*. Brasília.

Disponível em

<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123769>>

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo regimental no agravo de instrumento n. 69-42.2014.6.25.0000*, rela. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Diário da Justiça Eletrônico de 27 de março de 2015.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo regimental no agravo de instrumento n. 800-58.2012.614.0018*, rel. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 23 de junho de 2015. Diário da Justiça Eletrônico de 02 de outubro de 2015.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo regimental no agravo de instrumento n. 804-88.2012.6.19.0040*, rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 19 de maio de 2015. Diário da Justiça Eletrônico de 09 de setembro de 2015.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso especial eleitoral n. 17387*, rel. Henrique Neves da Silva, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico de 24 de fevereiro de 2014.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso especial eleitoral n. 3628-84.2010.6.20.0000*, rel. Marco Aurélio Mello, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico de 21 de março de 2011.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso especial eleitoral n. 36.335*, rel. Aldir Passarinho Júnior, Brasília, DF, 15 de agosto de 2011. Diário da Justiça Eletrônico de 18 de setembro de 2015.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso de Representação n. 769-14.2014.6.00.0000*, rel. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Brasília, DF, 7 de agosto de 2014. Publicado em sessão em 07 de agosto de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Mandado de Segurança n. 12.165*, rel. Ministro Américo Luz, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 1992. Revista de Jurisprudência do TSE. v. 4. tomo 2. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest?sectionServers=TSE>>

BUENO, Casio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. 1ª ed. São Paulo. Ed. Noeses Ltda., 2012.

CAMBI, Eduardo. HELLLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – *A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídica*. Revista de Processo. São Paulo, v. 39, n. 231.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcelo Vargas. *Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil*. In: JÚNIOR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; MACÊDO, Lucas Buriel de (coordenadores). *Precedentes*. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CERQUEIRA, Thales T. P. L. de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral: Direito Material*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

COSTA, Tailane Cristina. *Justiça Eleitoral e sua competência normativa*. Curitiba. Paraná Eleitoral, 2013. v. 2. Disponível em
< <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-2013-volume-2-revista-1-artigo-4-tailane-cristina-costa>>

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Abuso do Poder Regulamentar e Tribunal Superior Eleitoral: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral – as eleições de 2012 (reflexos do “moralismo eleitoral”)*. *Revista Jurídica da UNISUL*. Palhoça: Ed. Unisul, 2012. v. 1. n. 1.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Sec. de doc. e inf. TSE, 2005.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 10ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

JÚNIOR, Eraldo Ramos Tavares. *Juizados Especiais, Precedente Judicial e a importância do relatório: uma homenagem a este desprestigiado elemento da sentença*. *Revista de Processo*. São Paulo. v. 38, n. 222.

JÚNIOR, Fred Didier. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Ensaio de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer*. *Revista de Processo*. São Paulo, 2015. No prelo.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito Eleitoral*. 4ª Edição. Imperium Editora, 2014. 119-120.

MARCHETTI, Victor. *O “Supremo Tribunal Federal”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007. n. 20. v.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *Eleições no Brasil: uma história de 500 anos*. Brasília: Secretaria de gestão e informação do TSE, 2014.

MONNERAT, Fabio Victor. *A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 77. (NERY JUNIOR, 2009)

NUNES, Dierle. *Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. In: JÚNIOR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; MACÊDO, Lucas Buriel de (coordenadores). *Precedentes*. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Ed. Conceito Editorial, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PINTO, Djalma. *Direito Material: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal. Noções gerais*. 5ª edição. São Paulo; Ed. Atlas, 2010.

PRIORE, Mary Del; VENANCIO, Renato. *Uma breve história do Brasil*. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2010.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RESCHKE, Pedro Henrique. *Ação Rescisória e Uniformização Jurisprudencial: crítica à “doutrina da interpretação razoável” e à aplicação irrestrita da súmula 343 do STF*. TCC..

Florianópolis: Repositório UFSC, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. JORGE, Flávio Cheim. *Manual de Direito Eleitoral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

ROSAS, Roberto. *Justiça Eleitoral: modelo e importância*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1999. n. 27. p. 45.

SADEK, Maria Tereza. *A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil*. Pesquisas. São Paulo: Centro de estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões*. Revista de processo, São Paulo, v. 226, 2013.

SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: JÚNIOR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; MACÊDO, Lucas Buriel de (coordenadores). *Precedentes*. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015.

SILVA, Henrique Neves da. *A Justiça Eleitoral – Breve apanhado histórico, estrutura atual, natureza e noções de competência*. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Belo Horizonte. Biblioteca digital Fórum de Direito Público, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SOUSA, Edvaldo Ramos e. *A justiça eleitoral de 1932 ao voto eletrônico*. Ed. Infobook S.A., 1996.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TUCCI, Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Tereza. *A vinculatividade dos precedentes e do ativismo judicial – paradoxo apenas aparente*. In: JÚNIOR, Fred Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde; MACÊDO, Lucas Buriel de (coordenadores). *Precedentes*. Salvador. Ed. Juspodivm, 2015.