

TÓPICOS SOBRE PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO ELEITORAL NO CONTEXTO DA TEORIA DAS FONTES E DIREITO COMPARADO

Miriã Marques da Silva Araujo *

RESUMO

A força do precedente judicial, com o destaque do Código de Processo Civil, introduz novos contornos para a produção da norma jurídica eleitoral, diante da aplicabilidade do diploma processual civil ao Direito Eleitoral instrumental, nos moldes normativos dos arts. 15 e 926, §2º, da Lei nº 13.105/2015. Diante de tal perspectiva, apresenta-se com este ensaio, os tópicos sobre precedente judicial como fonte da norma eleitoral (jurisprudência), amoldados à teoria das fontes, e breve incursão sobre o contexto histórico do direito comparado. O marco teórico consiste no apontamento doutrinário da teoria das fontes e teoria do ordenamento jurídico dos eminentes juristas Tércio Sampaio Ferraz Jr., Norberto Bobbio e Miguel Reale, em breve diálogo com a doutrina do direito comparado, sob abordagem descritiva e dedutiva do fenômeno do precedente judicial como fonte da norma eleitoral.

Palavras-chave: Precedente Judicial. Fonte do Direito. Direito Eleitoral.

ABSTRACT

The strength of the judicial precedent highlighted by the Code of Civil Procedure introduces new contours for the production of the electoral legal norm, given the applicability of the civil procedural law to instrumental electoral law, in the normative form of articles 15 and 926, § 2º, of Law 13.105/2015. From this perspective, this essay presents the topics on judicial precedent as a source of the electoral norm (jurisprudence), conformed to the theory of

* Advogada. Aluna especial do Mestrado em Cultura e Sociedade do Programa Multidisciplinar de Mestrado do Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal da Bahia – IHAC/UFBA. Pesquisadora do Núcleo de Tributação em Finanças Públicas e Tributação – NEF, da Universidade Católica do Salvador – UCSAL/BA.

sources and brief introduction on the historical context of comparative law. The theoretical framework consists in the doctrinal point of reference of the theory of the sources and theory of the legal order of the eminent jurists Tércio Sampaio Ferraz Jr., Noberto Bobbio and Miguel Reale, in brief dialogue with the doctrine of comparative law, under a descriptive and deductive approach of the phenomenon of judicial precedent as the source of the electoral norm.

Keywords: Judicial Precedent. Source of Law. Electoral Law.

1 INTRODUÇÃO

O artigo traz como temática a abordagem analítica do precedente judicial como fonte do Direito Eleitoral, tendo como base legislativa a estipulação dos arts. 15 e 926, § 2º, da Lei nº 13.105/2015 e, como arcabouço teórico, o estudo da teoria das fontes do direito, com abordagem contextual do parâmetro histórico-jurídico de origem das tradições dos países anglo-saxônicos.

A função do precedente judicial, na seara do Direito Eleitoral, inaugura com o Código de Processo Civil relevante papel na ciência jurídica pátria, já que agora o precedente judicial figura como fonte integrativa e subsidiária do microssistema jurídico eleitoral, traçando novas projeções para as decisões judiciais dos tribunais eleitorais.

O paradigma a ser superado na processualística eleitoral decorre da necessária comparação e adequação do modelo de direito, que a fonte precedencial requer a título primário, em comparação ao modelo de direito posto pelo Estado (*civil law*), o qual a tradição brasileira aplica de forma incontestada, em tese.

As considerações sobre os desafios dentre outras questões da aplicabilidade dos precedentes judiciais como fonte do Direito Eleitoral, num modelo jurídico de fontes do direito tradicionalmente não-consuetudinárias, faz surgir no meio jurídico questionamentos sobre a consolidação dos precedentes como fontes integrativas da norma jurídica eleitoral.

Inicialmente, será abordado o contexto histórico e teoria dos precedentes judiciais no direito comparado, baseado na tradição anglo-saxônica, por

meio da abordagem das características próprias que consolidaram o também denominado sistema de precedentes judiciais e *common law*.

No contexto da tradição de origem não-consuetudinária, seguirá a abordagem do contexto histórico da tradição *civil law*, precursora das fontes do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, sob a perspectiva da teoria das fontes do Direito Eleitoral, o problema da incompletude do ordenamento jurídico será trazido de forma a abordar a questão das lacunas, supletividade e subsidiariedade da norma processual civil e com ela os precedentes judiciais como fonte do Direito Eleitoral, no âmbito da sua jurisprudência.

2 DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO COMPARADO: DA TRADIÇÃO ANGLO-SAXÔNICA (*COMMON LAW*) E PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL – BREVE INTRÓITO E ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS (*CIVIL LAW*)

Como divulgado na ciência jurídica, o sistema de precedentes judiciais decorre historicamente dos países anglo-saxônicos, nos quais a *common law* é a sua base estrutural. Essa concepção saxônica de preconizar o costume como fonte do direito, de forma causal, encerra peculiaridades para o surgimento de um sistema solidificado por intermédio das decisões judiciais baseadas na norma consuetudinária.

Sua abordagem inicial remonta à necessidade de traçar efeitos comparativos necessários com o fenômeno jurídico a se instaurar no direito brasileiro, que, diante da necessidade da estabilização da jurisprudência, depara-se hodiernamente na esfera eleitoral como um instrumento de aplicabilidade que visa, em níveis integrativo e subsidiário da norma eleitoral instrumental, à construção de uma corrente jurisprudencial formada por decisões peculiares contendo a mesma *ratio decidendi*.

A tradição jurídica dos países anglo-saxônicos possui sua base estrutural nas relações sociais num momento determinado. Após, tais regras consuetudinárias são acolhidas pelos representantes judiciais e reelabora-

das de forma a vigerem por meio dos precedentes. Nesse sentido, sobre os precedentes:

[...] é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório).²

Dessa forma, marca a tradição *common law*, as características da reelaboração a nível judiciário dos convencimentos motivados casuisticamente nos processos individuais, agora solidificados em nível de cogência amplificado pelo sistema de precedentes.

O contexto histórico-político e normativo brasileiro herdou o sistema germânico-português, no qual a norma jurídica, lei em sentido estrito, é a fonte primária do direito. Decorre deste contexto o surgimento de um Estado de Direito, que preconiza a aplicação da norma legislada, seja princípio ou regra, evoluindo com a Constituição Federal de 1988 para o Estado Democrático de Direito.

Na seara jurídica brasileira, a eficácia vinculante das decisões judiciais, no âmbito dos tribunais, decorre da compatibilização com a Constituição Federal e agora, com a inserção na processualística brasileira do sistema de precedentes judiciais, a força normativa dos precedentes ganha nova forma de estabilização da jurisprudência dos tribunais.

Em relação aos precedentes no sistema jurídico brasileiro, as considerações do poder vinculante dos princípios constitucionais é parâmetro indissociável. A título de exemplo, tais considerações versam sobre a força vinculante dos princípios constitucionais da isonomia, segurança jurídica, motivação das decisões e contraditório.

Tal constatação hipotética se fundamenta na conclusão histórica de formatação do sistema de precedentes judiciais dos países de origem jurídica na *common law*, em diferente contexto do fenômeno das fontes do direito brasileiro, a *civil law*. A base teórica do sistema de precedentes de um país

² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2003. p. 33.

engloba as nuances da aplicabilidade de tal fonte do direito, considerando os elementos histórico-normativos que orbitam a questão.

Da narrativa inserta no contexto histórico do sistema brasileiro de fontes do direito que é estruturado através da *civil law*, em contraponto com o sistema da *common law*, revelam-se as bases teóricas de cada sistema e a forma de concepção das fontes do direito em relação ao Novo CPC, Lei nº 13.105/2015.

O sistema brasileiro de fontes do direito, pautado na *civil law*, decorre do positivismo jurídico, que tem a lei como fonte primária do direito, em contrapartida com os países anglo-saxônicos, da *common law*, nos quais o sistema de precedentes judiciais é notório em relação ao contraponto do sistema brasileiro de fontes.

Esse sentido de contrapontos faz sobressair que existe a inter-relação entre o atual cenário processual da força dos precedentes trazidos pelo CPC/2015 com parâmetros considerados pelo sistema *common law*, revelando, portanto, importante informação jurídica e questão que demonstra avanço na concepção da origem da norma jurídica eleitoral no Brasil.

Infere-se que, apesar de se tratar de um Estado Legal, nos termos do postulado axiológico da legalidade – Constituição Federal de 1988, art. 5º, II – pelo qual “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei”,³ a jurisprudência, agora, com a força dos precedentes judiciais, tem papel importante na construção da norma jurídica, sendo também fonte relevante do direito brasileiro. Nesse diapasão, destaca-se:

Apesar de a lei ser a fonte primária do Direito, não se pode conceber um *Estado Legal puro*, em que a norma jurídica acaba sendo o fim ou o teto para as soluções jurídicas. Na verdade, a norma jurídica é apenas o começo, o ponto de partida, ou seja, o piso mínimo para os debates jurídicos e para a solução dos casos concretos.⁴

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 04 jun. 2017.

4 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. Volume único. p. 31.

Dessa forma, a força normativa da jurisprudência eleitoral ganha novo contorno de efetividade e marca um relevante passo na teoria das fontes da norma eleitoral já que, apesar de se tratar de um Estado de Direito, no Brasil não há que se falar em um Estado Legal puro. Nessa perspectiva, na medida em que a jurisprudência avança como forma de conceber a norma, novo paradigma estrutural na concepção juspositivista aponta na seara jurídica eleitoral.

O ilustre jurista Fredie Didier Jr., quando leciona sobre a nova construção das fontes do direito, revela, *in verbis*:

O importante papel que a jurisprudência exerce na construção do direito positivo parece atualmente indiscutível. A força normativa do precedente judicial aparece em diversos institutos, como a jurisprudência dominante (art. 557, CPC), a súmula impeditiva de recurso (art. 518, §1º, CPC) e a súmula vinculante (art. 103-A, CF/88).⁵

Assim, a força dos precedentes judiciais eleitorais faz surgir na jurisprudência eleitoral passo simbólico sobre a representatividade do papel do juiz na construção dos direitos políticos.

O precedente judicial como fonte do direito a partir da concepção normativa estruturada pelo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, representa singular avanço na ciência do direito contemporânea, uma vez que invoca a consolidação de um sistema próprio na teoria dos precedentes judiciais, amoldado à realidade jurídica brasileira.

3 TEORIA DAS FONTES DO DIREITO E DIREITO ELEITORAL INSTRUMENTAL: LACUNAS, SUPLETIVIDADE E SUBSIDIARIEDADE -PRECEDENTE COMO FONTE DO DIREITO ELEITORAL

Com o retorno do estudo da teoria das fontes do direito, é importante a abordagem do ordenamento jurídico enquanto sistema dotado de imperfeições, já que o direito positivo não é capaz de abranger *in totum* as situações fáticas das alteridades dos seus sujeitos.

Conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., fator relevante a ser considerado pela teoria das fontes do direito remonta à contextualização das unidades produtoras da norma jurídica, unidades estas inseridas no panorama histórico

5 DIDIER JR., Fredie. *Editorial-49*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

e social dos destinatários. Daí então sobreleva o supracitado jurista que as fontes do direito, assim como os fatos sociais, estão sujeitos às intempéries históricas e devem ser moldadas conforme a sociedade e o direito caminham.⁶

Norberto Bobbio, em consolidada obra, quando menciona sobre as fontes, faz revelar um desafio fulcral do sistema jurídico na perspectiva juspositivista: a incompletude. Do problema da incompletude derivam as lacunas normativas, diante da impossibilidade do sistema abarcar todos os fatos jurídicos da sociedade.⁷

A conclusão lógica derivada da teoria das fontes, conforme magistério de Miguel Reale, é que os precedentes judiciais, entendidos como fatos a serem valorados, são, em essência, fontes motrizes da norma jurídica jurisprudencial, inaugurada neste esteio pela aplicabilidade, na seara eleitoral, da estipulação do art. 15 do Código de Processo Civil.⁸

Norberto Bobbio denomina o fenômeno das lacunas normativas de “zona intermediária”, com solução preestabelecida nos ordenamentos e, no contexto do Direito Eleitoral, a norma inserta no artigo 15 da Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil – estabelece a função integrativa para determinadas lacunas.⁹

O art. 15 do Código de Processo Civil prescreve, *in verbis*:

Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.¹⁰

Tal previsão é justamente o complemento para a “zona intermediária” porventura existente na aplicação da norma eleitoral, no caso de lacunas normativas.

A supletividade expressa a possibilidade de incompletude da norma eleitoral instrumental diante do caso concreto. Naturalmente, por incompletude se entende a previsão normativa parcial no processo eleitoral, requerendo

6 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

7 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2003.

8 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

9 BOBBIO, *op. cit.*

10 BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

para a efetividade instrumental o preenchimento da lacuna através do processo civil.

Já a subsidiariedade faz nascer a necessidade da aplicação da previsão processual subsidiária *in totum*; requer a inexistência de norma processual eleitoral anterior, caso em que será utilizada a norma processual civil em sua integridade e cogência.

Da previsão do precedente judicial como fonte de direito no Código de Processo Civil, destaca-se a preocupação do legislador com a estabilidade da jurisprudência, e, diante da aplicabilidade dos precedentes judiciais na produção da norma eleitoral, extrai-se a relevância da consideração dos fatos jurídicos predecessores da decisão judicial eleitoral. Nesse sentido, o art. 926 do Código de Processo Civil assere:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

[...]

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.¹¹

Da estipulação supra extrai-se o dever dos tribunais, e, neste contexto de instrumentalidade, do Código de Processo Civil ao Direito Eleitoral instrumental decorre a força do precedente como fonte do Direito Eleitoral, no âmbito da jurisprudência dos seus tribunais.

Nas lacunas normativas na esfera eleitoral, o magistrado encontra-se diante da necessidade inafastável de pronunciamento. Desta congruência, adstrição e vedação ao *non liquet*, o juiz depara-se com a função integradora da lacuna jurídica por meio do precedente judicial, nos termos do art. 15 do Código de Processo Civil vigente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É irrefutável que a força do precedente judicial é fator preponderante para o fortalecimento da jurisprudência dos tribunais eleitorais no esteio da sua projeção sobre a própria lei no sentido estrito, ganhando nova forma e

11 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

poder com a estipulação positiva, mesmo que suplementar do Código de Processo Civil.

Da abertura jurídica ao diálogo das fontes normativas, principalmente utilizando as experiências de outros sistemas, a exemplo da *common law*, o aprimoramento das instituições que velam pela ordem e segurança jurídica nas decisões se consolida, uma vez que o direito é mutável e deve seguir o curso histórico e social.

Dessa forma, o desafio proposto a título de aplicabilidade da fonte precedencial na seara eleitoral não termina na análise jurídico-doutrinária. Evidente que tal assertiva seria insuficiente para responder aos novos desafios que a força dos precedentes judiciais inaugura na jurisprudência dos tribunais eleitorais.

Trata-se de desafio também de cunho político, no sentido de que a função dos juízes encontra na força dos precedentes a necessidade de reavaliação constante da função do tribunal eleitoral na construção da norma, no esteio de todo contexto histórico e social que a função requer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2 ed. Bauru, SP: Edipro, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Editorial-49*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo. Saraiva, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: método, 2014. Volume único.