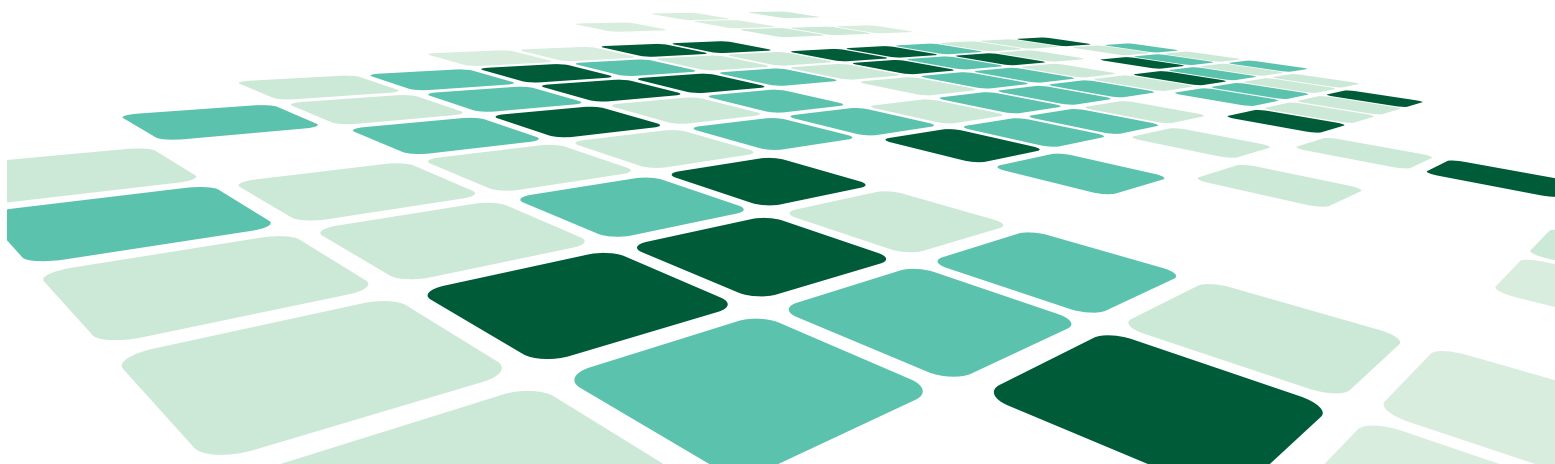




Tribunal Regional Eleitoral
do Rio Grande do Sul

Revista do **TRE-RS**

Janeiro/Junho de 2019





**COERÊNCIA, INTEGRIDADE E
JUSTIÇA ELEITORAL: MUNDOS
À PARTE?**

Francisco José Borges Motta

Rodrigo López Zilio

RESUMO: O artigo analisa se as decisões proferidas pela Justiça Eleitoral têm preenchido, adequadamente, os requisitos de coerência e integridade, exigência específica do novo código de processo civil. Para tanto, partindo da tese de Ronald Dworkin, de que as decisões devem ser geradas por princípios, perquire-se se o Tribunal Superior Eleitoral, notadamente nos denominados casos difíceis, tem cumprido com seu dever de julgar as lides eleitorais tendo presente a ideia de integridade do direito. Então, na sequência, é feita uma análise de decisões recentes do TSE sobre temas relevantes do Direito Eleitoral (pesquisa, propaganda em templos e igrejas e inelegibilidade decorrente de condenação por violação aos direitos autorais), para concluir que a jurisprudência eleitoral ainda tem um bom caminho a percorrer para compreender para o aperfeiçoamento de sua prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Eleitoral. Decisão judicial. Coerência. Integridade. Argumentos de princípio.

ABSTRACT: The article analyzes if the decisions given by the Electoral Justice have adequately fulfilled the requirements of coherence and integrity, specific requirement of the new code of civil procedure. To do so, based on Ronald Dworkin's thesis, that decisions must be generated by principles, it is necessary to consider whether the Superior Electoral Court, especially in so-called hard cases, has fulfilled its duty to judge the electoral process, bearing in mind the idea of integrity of the law. Then, an analysis is made of recent TSE decisions on relevant Electoral Law issues (research, advertising in

temples and churches, and ineligibility by condemnation for copyright infringement), to conclude that electoral jurisprudence still has a good way to go to understand for the perfection of their jurisdictional provision.

KEY WORDS: Electoral Justice. Judicial decision. Coherence. Integrity. Arguments of principle.

1. INTRODUÇÃO

O que significa *levar o Direito a sério*? A pergunta nos remete ao trabalho do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin (1931-2013), que se tornou um dos teóricos mais influentes do pensamento jurídico contemporâneo quando, a partir da década de 60 do século passado, desafiou, de forma original e abrangente, a tese da separação conceitual necessária entre direito e moral¹. Para o autor, uma democracia deve *levar a sério os direitos* dos integrantes da comunidade política, protegendo-os do arbítrio e, eventualmente, mesmo das vontades majoritárias dos indivíduos; e uma forma de resguardar estes direitos (e de reconectar direito e moral) é a exigência de que as decisões jurídicas sejam *geradas por princípios morais*. Desenvolvendo esta ideia, e em meio a um contexto constitucional que consagra a *judicial review*, Dworkin concebeu o Poder Judiciário como um fórum independente, um *fórum do princípio*, que deveria honrar a seguinte promessa, feita aos integrantes da comunidade política: de que seus conflitos mais profundos e fundamentais, “irão, em algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça”².

¹ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, USA: Belknap, 1977.

² DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 102-3. 2

Decidir por princípio, e não por política (metas públicas, objetivos comuns), para Dworkin, era uma questão de *isonomia*. Tenha-se presente que, para ele, um governo aceitável, *digno*, tem o dever crucial de tratar as pessoas sob seu domínio com *igual consideração e respeito* (*equal concern and respect*). E o filtro do princípio funcionaria, assim, como uma garantia de que o poder público seria exercido sem desrespeito pela dignidade das pessoas, dotadas de igual importância e merecedoras de igual atenção. De fato, para o pensador americano, o propósito (*point*) do Direito era o de garantir a *legitimidade* do exercício do poder público de coerção. E o Poder Judiciário, num Estado Constitucional em que se pratica *judicial review*, figuraria como o último guardião deste arranjo.

Juízes têm, portanto, o dever de zelar pela isonomia e de ancorar suas determinações em princípios de moralidade pública. Como fazê-lo de maneira *correta*? Dworkin passou boa parte de sua trajetória formulando e reformulando esta resposta. Encontramos diferentes abordagens e enfoques desta questão ao longo de sua obra. Neste ensaio, vamos focalizar uma de suas propostas mais conhecidas: a exigência de que juízes e tribunais decidam de modo *coerente* e com respeito à *integridade do Direito*³.

Nossa análise será voltada à jurisdição eleitoral. Não só por se tratar de um campo em que são visíveis as tensões entre argumentos de política e de princípio; mas sobretudo porque a Justiça Eleitoral brasileira, por uma série de fatores distintos e combinados, vem se mostrando como uma espécie de *terreno inóspito à integridade do Direito e a decisões coerentes*. Nosso objetivo é o de lançar luz

³ Como se sabe, a observância dos padrões *estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência*, por parte dos tribunais, é determinada pelo art. 926 do CPC/2015. Referido dispositivo se deve, em grande medida, à contribuição de Lenio Streck, que não apenas defendia esta proposta (de que juízes e tribunais têm de decidir de modo coerente e com respeito à integridade do Direito) em sede doutrinária, mas que também sugeriu emenda à redação inicial do artigo no Anteprojeto. Conferir: *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>, acesso em 19.09.2018.

sobre alguns destes aspectos, contribuindo para a democratização do exercício deste ramo da jurisdição constitucional. Ao trabalho.

2. UM PONTO DE PARTIDA: A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL

Em abril de 2018⁴, o então Presidente do TSE, Ministro Luiz Fux, destacava a importância de os magistrados eleitorais falarem “a mesma língua”, aplicando a jurisprudência fixada pelo TSE para gerar segurança jurídica. Conforme sua Excelência, *“a ideia é que as jurisprudências dos tribunais sejam um norte para os juízes e, para tanto, devem ser coerentes. Não se pode julgar casos iguais de maneira diferente. As jurisprudências devem ser estáveis”*. Essa fala, aliás, representa nada mais do que um entendimento replicado em sede doutrinária, quando o Ministro Fux aludiu à “necessidade de observância dos precedentes judiciais” como instrumento de salvaguarda da segurança jurídica⁵ e como um dos pilares que devem balizar a atuação da Justiça Eleitoral.

De fato, a preocupação com a estabilidade e a coerência na aplicação do Direito Eleitoral já havia se manifestado na edição da Res.-TSE nº 23.472/2016, oportunidade em que se regulamentou o processo de elaboração de instrução para a realização de eleições ordinárias. Nessa instrução, o TSE pontuou que a modificação da sua jurisprudência entrará em vigor na data de sua publicação, mas não se aplicará à eleição que ocorra até um ano de sua vigência (art. 5º, caput); definiu o que consiste em modificação da jurisprudência e assentou que, no julgamento de qualquer feito eleitoral, serão observados os

⁴ <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Abril/presidente-do-tse-defende-respeito-a-jurisprudencia-durante-periodo-eleitoral>, acesso em 05/09/2018.

⁵ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas de Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2016, p. 20.

princípios da segurança jurídica e da confiança (art. 6º). Em resumo, o TSE, incorporando-se à tendência brasileira recente de valorização normativa da jurisprudência⁶, pactuou um duplice compromisso: com o princípio da anterioridade ou anualidade eleitoral, de um lado; com a segurança jurídica e confiança, de outro. Aliás, é perceptível que o TSE albergou entendimento que já vinha sendo adotado pelo c. STF, quando pontuou a necessidade de mitigação dos efeitos das viragens jurisprudenciais mediante a observância do princípio da segurança jurídica nos processos eleitorais e esclareceu que “as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior” (STF – Pleno – Recurso Extraordinário nº 637.485/RJ – j. 01.08.2012).

É certo que a Justiça Eleitoral possui atribuição constitucional de zelar pela normalidade e legitimidade do processo eleitoral e, nesse mister, enfrenta sérios debates jurídicos sobre temas controvertidos que envolvem atos que se desenrolam além da campanha eleitoral propriamente dita (convenções partidárias, propaganda eleitoral, etc.), alcançando matérias inerentes aos direitos e garantias fundamentais, com um nítido *status* constitucional. Basta lembrar que os direitos políticos possuem relevância ímpar e, em síntese, são a força motriz do Direito Eleitoral. O desafio que se apresenta para o TSE é o de manter hígidos os critérios de coerência e integridade quando se depara com questões altamente controvertidas e que se relacionam com temas pertinentes com a formação da vontade política estatal. Decidir questões envolvendo legitimidade do processo eleitoral, soberania popular, elegibilidade, mandato eletivo demanda um esforço argumentativo de grande complexidade, que, por vezes, é obnubilado por uma inescapável tensão

⁶ Da qual o CPC/15 é o marco mais representativo, como se confere, exemplificativamente, em seus artigos 926 e 927.

e dicotomia entre o mundo político e o mundo jurídico. Nesse contexto, o Poder Judiciário Eleitoral não pode sucumbir à tentação de dar uma resposta desvinculada da ideia de que a integridade do direito pressupõe que todos os indivíduos devam ser tratados com igual respeito e consideração. Vale dizer, o julgamento das questões eleitorais deve sempre envolver argumentos de princípio, e não de política.

Deve sempre envolver, mas não tem, contudo, envolvido. Seleccionamos, como ponto de observação crítica e de ilustração do nosso argumento (de que a jurisdição eleitoral tem sido exercida, frequentemente, de modo desatento aos deveres de coerência e integridade —e, portanto, em desacordo com o dever de *isonomia*), alguns *casos difíceis* que chegaram ao TSE ao longo dos últimos processos eleitorais⁷.

3. ALGUNS TEMAS DA JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL

3.1. Pesquisas eleitorais

A legislação é econômica quando trata de pesquisas eleitorais. Desprezando o crime de pesquisa fraudulenta (art. 33, §4º, da LE), a Lei das Eleições, desde a sua redação originária, prevê a divulgação de pesquisa irregular como ilícito, sujeitando os responsáveis a uma pena de multa (art. 33, §3º, da LE). Pela dicção legal, a irregularidade se perfaz mediante a divulgação da pesquisa eleitoral sem que tenha havido o prévio registro das informações exigidas no *caput* do art. 33 da Lei Eleitoral. Valendo-se do seu poder normativo, a cada pleito, o TSE tem estabelecido um prazo a partir do qual as

⁷ Não há espaço aqui, v.g., para desenvolver um tema bastante fértil para o debate jurídico, que é a questão do ativismo da Justiça Eleitoral, cujos exemplos mais candentes (mas não únicos) são o do número de vereadores nas eleições de 2004 (Res.-TSE nº 21.702/2004 e Res.-TSE nº 21.803/2004), da fidelidade partidária (Consulta nº 1.398 – j. 27.03.2007; Consulta nº 1.407 – j. 16.10.2007) e da verticalização das coligações (art. 4º, §1º, da Res.-TSE nº 20.993/2002)

pesquisas devem ser registradas (01º de janeiro do ano da eleição⁸), além de acrescentar a obrigação de se registrarem outros requisitos perante os órgãos da Justiça Eleitoral para a divulgação das pesquisas (v.g., nome do estatístico responsável pela pesquisa e o número de seu registro no Conselho Regional de Estatística competente⁹).

A Lei nº 12.891/13 acrescentou a vedação, no período de campanha, da realização de enquetes relacionadas ao processo eleitoral (art. 33, §5º, da LE). Além de não conceituar enquete (e no que ela se diferencia da pesquisa), a lei não previu sanção em caso de descumprimento da regra. Para o TSE, enquete ou sondagem é a pesquisa de opinião pública que não obedeça às disposições legais e às determinações previstas nesta resolução¹⁰. Se o TSE tem afastado a multa nos casos de divulgação de pesquisa registrada sem todas as informações exigidas por lei (Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 36.141/BA – j. 16/06/2014), existe um sério debate sobre a possibilidade de aplicação de multa no caso de divulgação de pesquisa antecipada e de enquetes ou sondagens no período de campanha.

Analisando o panorama normativo vigente apenas relativo ao pleito de 2016, é possível aferir que o TSE não tem levado a um bom termo suas decisões sobre esses casos concretos. Antes de problematizar esse ponto, porém, é relevante estabelecer as premissas jurídicas sobre as regras que foram aplicadas no último pleito municipal. A Res.-TSE nº 23.453/2015, que regulamentou as pesquisas para as eleições de 2016, trouxe uma sanção¹¹ por divulgação de

⁸ Para as eleições de 2014, art. 2º, *caput*, da Res.-TSE nº 23.400/2013; para as eleições de 2016, art. 2º, *caput*, da Res.-TSE nº 23.453/2015; para as eleições de 2018, art. 2º, *caput*, da Res.-TSE nº 23.549/2017.

⁹ Neste sentido, art. 2º, VIII, da Res.-TSE nº 23.400/2013; art. 2º, IX, da Res.-TSE nº 23.453/2015; art. 2º, IX, da Res.-TSE nº 23.549/2017.

¹⁰ Para as eleições de 2014, art. 24, parágrafo único, da Res.-TSE nº 23.400/13; para 2016, art. 23, parágrafo único, da Res.-TSE nº 23.453/15; para 2018, art. 23, parágrafo único, da Res.-TSE nº 23.549/17.

¹¹ Art. 17 da Res.-TSE nº 23.453/2015. A divulgação de pesquisa sem o prévio registro das informações constantes do art. 2º sujeita os responsáveis à multa no valor de R\$ 53.205,00 (cinquenta e três mil, duzentos e cinco reais) a R\$ 106.410,00 (cento e seis mil,

pesquisa sem o prévio registro das informações (replicando a regra do art. 33, §3º, da LE), e não previu qualquer possibilidade de pena pecuniária para a divulgação de enquetes ou sondagem durante a campanha eleitoral¹².

Diante do quadro normativo vigente nas eleições de 2016, o TSE, inicialmente, rechaçou a aplicação de multa nos casos de divulgação de sondagens ou enquetes durante o período de campanha (Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 37.658/GO – j. 19/12/2017¹³). Além de vedar expressamente a aplicação de multa por ausência de previsão legal, no caso de divulgação de enquetes ou sondagens, no citado *decisum* é feita uma exortação para a proibição de uma interpretação extensiva e uma analogia *in malan*

quatrocentos e dez reais) (Lei nº 9.504/1997, arts. 33, § 3º, e 105, § 2º).

¹² Abstraindo toda a polêmica relativa ao (excesso) do poder normativo exercido pelo TSE ao editar as resoluções regulamentadoras dos pleitos eleitorais, o fato é que, nas eleições de 2018, atendendo a uma sugestão do Grupo Executivo Nacional da Função Eleitoral (Genafe/MPF), o TSE estabeleceu que uma sanção por divulgação de enquete no período de campanha, *verbis*. Art. 23, §2º, da Res.-TSE nº 23.549/2017. Se comprovada a realização e divulgação de enquete no período da campanha eleitoral, incidirá a multa prevista no § 3º do art. 33 da Lei nº 9.504/1997, independentemente da menção ao fato de não se tratar de pesquisa eleitoral.

¹³ ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PESQUISA ELEITORAL E ENQUETE. DISTINÇÃO. ART. 33, § 3º, DA LEI Nº 9.504/97. NÃO CONFIGURADO. AFASTAMENTO DA MULTA POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. [...] 1. A multa prevista no § 3º do art. 33 da Lei das Eleições incide apenas e tão somente na hipótese de ausência de prévio registro da pesquisa divulgada, não sendo, bem por isso, extensiva às outras situações. Precedentes: (AgR-REspe nº 361-41/BA, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 7.8.2014; REspe nº 27-576/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 23.10.2007; e REspe nº 20664/SP, Rel. Min. Fernando Neves, Rel. designado Min. Luiz Carlos Madeira, DJ de 13.5.2005). 2. A doutrina, no que concerne ao art. 33, § 5º, da Lei nº 9.504/97, é remansosa quanto à impossibilidade de aplicação de multa nos casos de realização de enquete ou sondagem, em face da ausência de previsão sancionatória. 3. O silêncio do legislador, no que se refere ao art. 33, § 5º, da Lei nº 9.504/97, ao não estabelecer sanção em caso de realização de enquetes relacionadas ao processo eleitoral, impõe uma vedação de interpretação extensiva, como bem se assinalou no aresto regional, devendo tal norma ser interpretada restritivamente. 4. *In casu*, não merece reparos a decisão da Corte a quo, que assentou que tanto a Lei nº 9.504/97 como a Resolução TSE nº 23.453/2015 não registram nenhuma sanção explícita ou remissão a outras partes do texto legal em caso de divulgação de enquete, sendo vedadas a interpretação extensiva e a analogia *in mala parte*, para a cominação de sanção, e.g., multa. [...] 7. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 37658 - CRISTALINA - GO - Acórdão de 19/12/2017).

partem na cominação de sanção. Contudo, em momento logo posterior (mas ainda julgando processos relativos à eleição de 2016), o mesmo TSE definiu ser possível aplicar multa no caso de divulgação de pesquisa antecipada (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 14488/MG – j. 19/06/2018¹⁴), ou seja, divulgada antes do prazo fixado de cinco dias. O fundamento para essa decisão é a inobservância do art. 17 da Res.-TSE nº 23.453/2015; contudo, esse dispositivo, porque replica o art. 33, §3º, da Lei nº 9.504/1997, é invocável apenas quando houver uma divulgação de pesquisa sem o prévio registro, e não quando sua divulgação ocorrer antes do prazo legal de cinco dias, que é fixado na lei.

Perceba-se a incoerência: a legislação, no que diz respeito à vedação das *enquetes*, funciona quase como *soft law*, ou seja, aponta para a proibição, mas não a sanciona; o TSE, num primeiro momento, encampa esta compreensão, ancorando sua decisão no argumento de princípio de que é descabida a analogia *in malam partem*. Contudo, no caso seguinte (divulgação de pesquisa antecipada, também não contemplada por sanção), este argumento perde peso e, sem que tenha sido apresentada *uma única* boa razão para a distinção de tratamento, a conduta passa a ser sancionada. Pela via da *analogia in malam partem*. E o mais curioso: ambas decisões foram relativas à mesma eleição, unânimes e com variação mínima entre as duas composições (cinco ministros coincidem nessas votações).

¹⁴ ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. PESQUISA ELEITORAL ANTECIPADA. ART. 33 DA LEI Nº 9.504/97. ARTS. 2º E 17 DA RES.-TSE Nº 23.453/2015. NÃO RESPEITADO O PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS ANTECEDENTES À DIVULGAÇÃO DE PESQUISA ELEITORAL REGISTRADA. MANUTENÇÃO DA MULTA. MÍNIMO LEGAL. DESPROVIMENTO. [...] 4. Na linha da jurisprudência firmada nesta Corte, a multa prevista no art. 33, § 3º, da Lei nº 9.504/97, embora se refira expressamente à divulgação de pesquisa sem o prévio registro, também é aplicada aos casos em que não foi observado o prazo de 5 (cinco) dias entre o registro e a efetiva propagação. 5. Deve, portanto, ser mantida a multa no valor de R\$ 53.205,00 (cinquenta e três mil, duzentos e cinco reais), de acordo com a previsão legal do art. 17 da Res.-TSE Nº 23.453/2015, aplicável às pesquisas eleitorais relativas ao pleito de 2016. [...] 7. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 14488 - UBERABA - MG - Acórdão de 19/06/2018).

3.2. Propaganda em templos e igrejas

Noutra assentada, mesmo em temas aparentemente menos polêmicos, o TSE também tem apresentado decisões (ainda que monocráticas) passíveis de instaurar um bom debate sobre o alcance do tema da coerência. De fato, a jurisprudência do TSE sempre foi tranquila ao reputar ilícita a propaganda em templos e igrejas, pois são bens de uso comum, a atrair a vedação do art. 37, *caput*, combinado com o §4º, da LE. Esse entendimento foi adotado nas eleições de 2014 (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 781.963/RJ – j. 17/11/2016) e de 2016 (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 23.930/RJ – j. 19.06.2018). Por isso, chama a atenção a decisão da Ministra Rosa Weber quando, ao analisar um processo das eleições de 2014, monocraticamente e com a concordância do parecer ministerial (que era o autor da representação), reputou *lícita* a distribuição de impressos no interior de templo religioso¹⁵. Nas suas razões, a Ministra Rosa Weber assevera que o artigo 37, *caput*, da LE deve ser interpretado em consonância com o artigo 38 da mesma lei, pois “*se o art. 37, caput, da Lei nº 9.504/97 for interpretado no sentido de que é vedada a realização de qualquer propaganda eleitoral em bem público, restaria vedada a distribuição de material de campanha não só em prédios públicos, mas também nas ruas, esvaziando, assim, a norma contida no art. 38 da mesma lei*”. Para reforço da sua argumentação, cita como precedente decisão monocrática do Ministro Herman Benjamin¹⁶, na qual se conclui como lícita a distribuição de material de campanha em bens de uso comum.

Contudo, algumas ressalvas são necessárias. A um, a decisão do Ministro Herman Benjamin não guarda a mesma similitude

¹⁵ Recurso Especial Eleitoral nº 162211 – j. 14/6/2018 - Decisão monocrática – Rel. Min. Rosa Weber.

¹⁶ Recurso Especial Eleitoral nº 8353 – j. 20/9/2017 – Decisão monocrática – Rel. Min. Herman Benjamin.

fática do julgado da Ministra Rosa Weber, ainda que ambos tratem de bens de uso comum (naquele houve distribuição de propaganda em uma feira livre; neste, no interior de uma igreja). É dizer, a razoabilidade da interpretação indica que não podem ser equiparados atos de distribuição de propaganda eleitoral em bens de uso comum “fechados” ou de acesso controlado ao ato de distribuição de propaganda realizada em locais abertos (ruas, praças). A dois, a decisão da Ministra Rosa Weber em momento algum trouxe qualquer argumento para superar o entendimento então consolidado do TSE (vedação de propaganda no interior das igrejas). A três, porque a decisão monocrática desconsiderou o arcabouço consolidado pelo Pleno do tribunal em relação àquele pleito.

Este caso é ilustrativo, assim, de duas disfuncionalidades: primeiro, a desconsideração do Direito como um *romance em cadeia*, como um empreendimento coletivo que os juízes têm o dever de *continuar*, ao revés de *começarem, a cada decisão, um novo livro*. Dito de modo mais simples, as revisões de entendimento não podem ser bruscas e têm de ser devidamente acompanhadas de argumentos de princípio suficientemente densos para justificar a mudança. Estabilidade, coerência e integridade, pois. Segundo, o exemplar é representativo da inconsistência do uso de precedentes como fundamentação de decisões. Quando se invoca um *precedente* (aqui entendido como qualquer decisão de um caso anterior, e não como material jurídico primário) como fundamento de uma decisão judicial, deve-se atentar não para o *dispositivo*, mas para as suas *razões determinantes*. O *precedente*, mesmo nos países em que ele tem *força vinculante*, não tem valor de *promulgação*; ele é mais ou menos importante conforme sejam influentes os *argumentos de princípio* que lhe fundamentam. E só se chega aos princípios depois de perscrutados os fatos da causa, o contexto de aplicação. Em suma, a invocação da decisão de Benjamin para a composição da decisão de Weber não tem qualquer valor sem o enfrentamento da discussão

sobre a (ir)relevância da distinção entre os bens públicos *abertos* e *fechados*; e, em todo caso, sem a discussão sobre a necessidade de superação da cadeia de decisões até então prevalente.

3.3. A inelegibilidade e crime de violação de direitos autorais

A sucessiva alternância de entendimento do TSE sobre temas controvertidos é bem desenhada na interpretação sobre a incidência do crime de violação do direito autoral como suficiente a atrair a inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea e, 2, da LC nº 64/1990: nas eleições de 2012, adotou entendimento pela inelegibilidade (Recurso Especial Eleitoral nº 20.236/SP – j. 27/09/2012); nas eleições de 2014, pelo não reconhecimento (Recurso Ordinário nº 98.150/RS – j. 30/09/2014); em 2016, retornou-se a defender a inelegibilidade (Recurso Especial Eleitoral nº 14.594/SC – j. 05/04/2017). E, em todos esses julgados, não houve qualquer menção à necessidade de preservação da segurança jurídica e tampouco a observância ao princípio da anualidade eleitoral. Nesse ponto, repisa-se que, mesmo ainda não tendo sido editada a resolução do TSE, que prevê a aplicação do princípio da anualidade para as decisões eleitorais, esse entendimento já era preconizado pelo STF (RE nº 637485/RJ– Repercussão Geral – j. 01.08.2012). Qualquer semelhança com o *dog law* de Bentham¹⁷ não é, com efeito, *mera coincidência*.

¹⁷ A expressão *dog law* aparece nas reflexões de Jeremy Bentham, para quem o direito inglês seria um direito judiciário, integralmente criado por juízes – sendo por essa razão, essencialmente retroativo (no sentido de que o sistema jurídico não asseguraria um determinado direito aos indivíduos, e nem lhes atribuiria deveres, previamente à decisão judicial; esta é que os *criaria*). Sendo *retroativo*, equivaleria a um *dog law* (*Quando você quer dissuadir seu cachorro de fazer alguma coisa, você espera até que ele faça e, então, puna-o por fazê-lo*). Esta formulação é feita por Bentham em meio a uma campanha pela *codificação* do direito inglês, com o objetivo de aumentar a segurança jurídica na sua criação e aplicação. Uma boa contextualização do pensamento de Bentham neste ponto, e que serviu de referência para esta nota, é feita por Daniel Mitidiero em seu *Precedentes: da persuasão à vinculação* (3ª edição, 2018, p. 38-39).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dworkin defendeu o ponto de que é papel da doutrina dialogar com a prática judicial, visando a *constranger* os juízes, pela crítica e pelo exemplo, a decidirem melhor. De modo semelhante, e entre nós, Lenio Streck tem falado em *constrangimento epistemológico*. É disso, em última análise, que trata o nosso trabalho. Há algo de profundamente errado com a justiça de um país quando casos semelhantes são resolvidos de maneira distinta. Ou melhor: quando casos *tão* semelhantes são resolvidos de maneira *tão* distinta pelo *mesmo* órgão julgador e sob o *mesmo* contexto jurídico-social.

Começamos este texto escrevendo sobre como se *levam a sério* os direitos das pessoas, e apontando a tese da *integridade do Direito* como uma via possível. Não se trata de um exotismo, ou de exigir demais de nossos juízes, em tempos de pluralismo cultural e de valores. Trata-se de preservar *igualdade de consideração e respeito* (e sempre, num nível mais profundo, da dignidade humana). No que trata especificamente da aplicação de precedentes (e, nos casos selecionados, a invocação de “precedentes” é um lugar comum, com maior ou menor ênfase), o *case* pela integridade fica ainda mais atraente. É preciso, como já tivemos oportunidade de afirmar noutra sede¹⁸, atentar para os riscos da *desintegração* (em que se desvincula arbitrariamente um caso perante a totalidade da prática jurídica) e da *hiperintegração* (por meio da qual se trata casos distintos como abrangidos por uma mesma regra geral). A solução está em levar a sério a *exigência hermenêutica* de compreender o texto (sempre um evento, como o é o precedente) a partir da situação concreta na qual

¹⁸ MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O Novo Código de Processo Civil e a Decisão Jurídica Democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; e LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 86-112.

foi produzido. Assim, para que um *sistema de precedentes* funcione minimamente, é preciso ter em conta que uma decisão passada não se esgota com o sentido particular que lhe foi atribuído quando da sua criação. A metáfora por Dworkin proposta ilustra bem isso: o juiz deve se comportar, em matéria de precedentes, como um continuador de um texto coletivo.

É certo que a Justiça Eleitoral é a afiançadora da legitimidade das eleições e tem a nobre missão de zelar pela higidez dos processos de investidura política representativa. Portanto, é intuitivo que se aposte, com sinceridade, na atuação de controle do contencioso judicial eleitoral exercido por essa Corte especializada. Mas é imprescindível lembrar que não existe forma válida de controle jurisdicional desvinculada do devido processo legal e, pois, das regras constitucionais. É dizer, com Norberto Bobbio, o sistema democrático é diferenciado dos demais sistemas justamente porque possui as regras do jogo constitucionalizadas¹⁹.

Dizendo de outro modo, a Justiça Eleitoral não é uma divisão autônoma da jurisdição constitucional brasileira e não deve se comportar como se fosse. Aliás, é na Justiça Eleitoral, mais do que nos demais ramos da jurisdição constitucional, que a *dificuldade contramajoritária* se torna mais visível. A interferência direta da justiça nos processos políticos representativos (e de constituição da representação) é necessária e virtuosa, mas não se pode dar de modo discricionário²⁰ e deve estar devidamente blindada dos argumentos políticos e teleológicos. Decididamente, a discricionariedade judicial deve ser o quanto possível contida nas decisões jurídicas com repercussão eleitoral.

Numa palavra final, a isonomia e a dignidade humana

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 13ª edição, 2015, p. 104-105.

²⁰ A propósito do enfrentamento da discricionariedade judicial, conferir, por todos: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

devem coordenar a experiência jurídica e justificar o emprego da força coletiva de coerção. Quando não o fizerem, é porque nós, participantes deste empreendimento coletivo, fracassamos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia – uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 13ª edição, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, USA: Belknap, 1977.

_____. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas de Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 3ª edição, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O Novo Código de Processo Civil e a Decisão Jurídica Democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade? In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; e LEITE, George Salomão (coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!**, disponível em: <https://www.conjur.com>.

br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc, acesso em 19.09.2018.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.