



Revista do TRE/RS

Ano III - Número 7 - Setembro a Dezembro de 1998

Jurisdição e Positivismo Jurídico: Breves Reflexões sobre o Procedimento de Consulta na Justiça Eleitoral¹

*Eduardo Silva da Silva

Sumário: Introdução. Parte I - O conceito de jurisdição: A) A definição clássica do conceito; B) Conceito de jurisdição e constitucionalismo contemporâneo. Parte II - O procedimento de consulta na Justiça Eleitoral brasileira: A) Características do procedimento e seu perfil legal; B) Considerações críticas acerca do regramento do procedimento de consulta. A título de conclusão: Jurisdição e positivismo jurídico - a quebra dos mitos.

Introdução

No Brasil, foi José Frederico Marques que por primeiro sugeriu a existência de um direito processual constitucional.² Atento à profunda emanção de princípios da ordem constitucional a todos os campos do direito, inclusive ao processo, o renomado autor percebeu que alterações no teor do pacto constitucional importavam também a **dinamização** e o desenvolvimento dos conceitos, definições e funções processuais.

No que concerne ao termo **jurisdição**, a ciência processual não logrou ainda isolar o instituto e traçar com precisão os seus contornos. Várias tentativas em definir o fenômeno esbarraram sempre na incompletude de alcance dos elementos utilizados para sua compreensão, vale dizer, ora observa-se apenas seu agente realizador, ora exclusivamen-

te seus efeitos, e em outros momentos, apenas seu escopo na sociedade.

Necessário, entretanto, reler todas estas teorias à luz da ordem constitucional instaurada em 1988 e da célere mudança no tecido social brasileiro e internacional. A propósito, seria interessante observar duas recentes alterações no direito processual que dizem respeito diretamente ao tema da jurisdição. Quero referir-me, exemplificativamente, às Leis nº 9.099/95, estabelecadora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e nº 9.037/96, revitalizadora do instituto da Arbitragem. Ambos os textos normativos, ao introduzir a efetiva participação popular e o **elemento transaccional** como meios de garantir o acesso à justiça, transtornam, por assim dizer, qualquer conceito clássico e empoeirado de jurisdição e os moldes atarraxados de sua implementação.³

Proponho, assim, uma breve reflexão acerca do conceito atual de jurisdição e de um procedimento pouco conhecido, mas bastante curioso, existente na Justiça Eleitoral brasileira. Trata-se do chamado procedimento de consulta, no qual o requerente solicita, junto aos Tribunais Eleitorais, esclarecimentos e verdadeira **interpretação** de normas legais de cunho eleitoral. Tal tema permite ponderar sobre o positivismo jurídico e sua exaustão como fonte pretensamente exclusiva de produção do direito. Igualmente, faz indagar sobre o papel a ser cumprido pela jurisdição, enquanto via privilegiada ao acesso à justiça.⁴ Como Cândido Dinamarco, também refuto a *clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico*, comprometendo-me a apresentar sentido prático a toda busca conceitual.⁵

¹Mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul.

PARTE I
O CONCEITO DE JURISDIÇÃO⁶

Estou acompanhado de Piero Calamandrei ao defender que o conceito de jurisdição, como toda e qualquer definição, não pode pretender os dons da imutabilidade e da perenidade. De fato, *del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos*.⁷ O processualista italiano apresenta dois fatores a incidir sobre o conceito para determinar a sua mutação evolutiva: **tempo** e **espaço**. Quanto ao tempo, há que se examinar o contexto histórico e político no qual se insere o instituto, restando perquirir acerca do espaço, sobre todo o feixe de valorações culturais de determinada região em um determinado momento.⁸ Perceba-se a importância da conjugação simultânea dos fatores tempo e espaço, formando uma equação que irá efetivamente determinar o perfil do instituto jurídico em exame.⁹

A) A definição clássica do conceito

Uma das mais clássicas vertentes acerca do tema foi instaurada por Chiovenda, conceituando jurisdição como *a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*.¹⁰

A definição de Chiovenda é impregnada da idéia de **substituição** e da caracterização da jurisdição como uma função eminentemente estatal - decorrente da sua soberania -, ao lado das funções legislativa e executiva. Nela, o juiz atua como um descobridor da vontade concreta da lei para as partes,

substituindo uma atividade privada por uma atividade pública, qual seja, da própria realização do direito. *Pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma e se atua como se isso acontecesse por força sua própria, automaticamente*.¹¹ Manifesta-se, também, como traço caracterizador do instituto, o fato de ser sempre uma atividade secundária em relação às partes, que já deviam tê-la realizado espontaneamente.

O primeiro obstáculo à aceitação desta teoria vem de certa confusão estabelecida entre a jurisdição e as demais funções estatais, haja vista que todas as funções não se furtam ao cumprimento e realização do direito vigente, não constituindo esta tarefa apanágio da atividade jurisdicional.¹²

A crítica mais severa foi esculpida, entretanto, por Galeno Lacerda, ao evidenciar que a caracterização da jurisdição pelos traços da substitutividade e da secundariedade, omite uma série de situações nas quais há a incidência de direitos indisponíveis e da própria ordem pública, em que as partes somente podem atuar indiretamente, através do Estado, e não substituídas por ele, *verbi gratia*: o processo penal e o processo civil inquisitório como na ação de nulidade de casamento.¹³

Allorio pretende vencer o desafio que estamos enfrentando, ao caracterizar a jurisdição pela produção da *res iudicata*. A coisa julgada seria, portanto, a pedra de toque da atividade jurisdicional, capaz de distingui-la das produções legislativa e executiva, que não possuem este carisma. Ovídio Baptista salienta que esta definição tem gênese no pensamento de Calamandrei, para o qual *apenas a função declarativa é verdadeira jurisdição*.¹⁴ Ainda que haja o notável mérito de distinguir a função jurisdicional das demais funções

do Estado - efetivamente não geradoras da coisa julgada (material) -, há que se ponderar que certos procedimentos essencialmente jurisdicionais não seriam cobertos por este modo peculiar de vislumbrar a jurisdição. Menciono os procedimentos cautelares e executivos, que a rigor não possuem, em razão de sua natureza, o condão de produzir coisa julgada material. Além disso, as atividades instrutórias e, por assim dizer, saneadoras do juízo, não restariam igualmente cobertas, como as sentenças de cunho apenas terminativos ou as decisões interlocutórias.

Outra tendência que forjou inúmeros seguidores é a que qualifica a jurisdição a partir do conceito de *lide*. *La lite é il conflitto di interessi tra due persone qualificato dalla pretesa dell'una e dalla resitenza dell'altra*, proclamou Carnelutti.¹⁵ A premissa desta concepção está em que na sociedade os bens da vida são limitados e os interesses sobre eles extrapolam a estes limites, gerando conflitos. Os conflitos, que são qualificados por uma pretensão - ato de exigir a subordinação do interesse de outrem ao próprio - resistida pelo adversário, configuram a *lide*. A jurisdição corresponderia à justa composição da lide.

Ora, nesta conceituação o elemento conflitivo, muitas vezes apenas incidental na jurisdição, integra de forma determinante o próprio conceito. Com argúcia, José Maria Rosa Tesheiner salienta que as chamadas sentenças constitutivas necessárias independem da existência de conflito. Assim, o autor cita o exemplo da ação anulatória de casamento. *A anulação requerida por um dos cônjuges, somente pode ser decretada por sentença judicial, nada importando que o outro concorde (submissão à pretensão) ou não (resistên-*

cia à pretensão).¹⁶ Esta é, aliás, a crítica efetuada por Calamandrei.

Mais modernamente, um outro fator foi acrescido à discussão. A partir da construção chiovendiana da substituição, que, como vimos, não logrou a plena satisfação, percebeu-se que os processos de pacificação social apresentam sempre, como marco caracterizador, a presença de um **terceiro** não interessado na questão, terceiro que se imiscui "legitimamente" entre as partes ou interessados. Soveral Martins, jurista português, desenvolve uma brilhante crônica acerca do chamado processo heterocompositivo que qualifica como *uma actividade de composição social de pretensões de interessses a bens na qual o poder compositivo autoritário é atribuído a um sujeito situado numa posição objectiva de imparcialidade e que se motiva subjectivamente em termos de imparcialidade...*¹⁷ (os grifos são meus).

Aliás, a imparcialidade como traço a distinguir a jurisdição já fora apresentada com singular maestria por Gian Antonio Micheli:

*No me parece, por tanto, exacto individualizar en la "substitución" el carácter diferenciador entre jurisdicción y administración, cuando no se aclare, como aquí se há hecho, que elemento saliente está en la imparcialidad del órgano respecto del efecto jurídico conseguido.*¹⁸ (o grifo é meu)

Destacam-se neste perfil, além do já mencionado *sujeito situado numa posição objetiva de imparcialidade*, a existência de um **poder compositivo autoritário**, que poderemos chamar igualmente de obrigatoriedade da decisão ou de eficácia vinculante. Ora, facilmente constataremos que o meio mais legítimo de resolução de litígios seja o do consenso e da persuasão,

prefigurados no modelo da autocomposição de controvérsias. No entanto, a autocomposição, embora seja o meio mais natural de apaziguamento social, nem sempre lograva atingir o seu escopo. A relutância ou desistência de uma das partes em cumprir o acordado mostrou a insuficiência deste meio de resolução de litígios. Enfim, não basta a emissão de uma decisão legítima mas é preciso garanti-la para atribuir segurança jurídica e estabilidade social. Soveral Martins chama a este feito vinculante da decisão do procedimento heterocompositivo de **poder compositivo autoritário**, traduzido na *faculdade de obter e de impor resultados compositivos pela força coativa ou subrogatória*, presente em todos os sistemas que compõem justiça autoritária.¹⁹

A força - que atribui eficácia à decisão pacificadora do litígio - admite diversas feições nos vários modos de composição de conflitos. Na autotutela, era a parcialidade do interessado. Na heterotutela, o eixo desloca-se para parcialidade do terceiro, chegando por fim, na heterocomposição, na imparcialidade do emissor da decisão.²⁰

Teríamos redesenhado o instituto da jurisdição, portanto, pela presença destes dois elementos: um **terceiro imparcial** e o **poder compositivo autoritário** ou obrigatório (efeito vinculante da decisão).

B) Conceito de jurisdição e constitucionalismo contemporâneo

Efetivamente, penso que não há como dispensar a presença de um **terceiro imparcial** entre os elementos definidores do conceito de jurisdição. Seja em qual for a teoria pela qual estivermos excursionando, sempre se fará notar a existência de um desinteressado na questão, que se interpõe entre os envolvidos e, em face de sua impar-

cialidade, promove a solução do episódio em foco.

Do mesmo modo, no constitucionalismo contemporâneo, há que se reconhecer que o poder do Estado de declarar o direito tornou-se igualmente um dever. A via estatal continua sendo privilegiada para o acesso à jurisdição e realização da justiça, embora não exclusiva. O *princípio da autoridade heterocompositiva estadual, judicial, jurisdicional* não é absoluto, conhecendo espaços de *exceção e tolerância em cada uma das suas determinações*. Na verdade, como veremos, *subsistem, e são, por vezes, estimulados espaços de heterocomposição extra-estadual*.²¹ Este seria, a nosso ver, o caso da Arbitragem e dos demais ADR - *Alternative Dispute Resolution* -, na expressão cunhada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth.²² Na narrativa da evolução histórica sobre a heterocomposição, percebe-se que a heterocomposição inicialmente era privada, facultativa, passando a se tornar pública através do reconhecimento legal do poder de **composição** e de **imposição**. Enfim, como assevera Soveral Martins, o Estado, reconhecendo as vantagens da arbitragem privada, a tomou obrigatória *impondo às partes a mediação de um árbitro dotado de autoridade dirimente equiparada à do próprio Estado, e, por ele, reforçada ao garantir-lhe executoriedade*.²³

A jurisdição caracterizou-se também como um poder estatal, exercido indiretamente pelos seus agentes (magistrados e Tribunais), ou diretamente, quando permitido pela lógica do sistema jurídico, por particulares. Neste teor, aliás, o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, *verbis*: *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Consti-*

tuição. E, ainda, o artigo 2º da Carta Magna: *São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (grifos são meus).*²⁴ A construção resultante da leitura constitucional nos levaria a concluir que tudo que for atribuído ao Poder Judiciário - no cumprimento efetivo de sua competência constitucional - revestir-se-ia de jurisdicionalidade.²⁵ Excetuam-se, entretanto, as atividades tipicamente administrativas de gestão e as de iniciativa legislativa.

Neste diapasão, também seria considerada jurisdicional a chamada jurisdição voluntária. A propósito, Sérgio Gilberto Porto evidencia que a jurisdição voluntária apresenta praticamente todos os caracteres da atividade jurisdicional.²⁶ Além disso, descartamos anteriormente a proposta carnellutiana de esboçar a jurisdição a partir de conflito ou de lide. Da mesma forma, a jurisdição voluntária está longe de caracterizar-se - no pensamento do mesmo autor - como ato administrativo típico ao não contemplar os requisitos que aponta para tanto: *não dependência de iniciativa do interessado*; ser atividade originária e satisfazer interesse próprio.²⁷

Não me arrisco a apresentar um conceito pronto e acabado de jurisdição, mas apenas a contemplar e vislumbrar os fatos efeitos do **tempo** e do **espaço** sobre o fenômeno. Da mesma forma que o vento transforma as esculturas de areia, é preciso constatar que a jurisdição sofre os influxos e refluxos da ordem política, social e econômica, **dinamizando** suas próprias características internas. Assim, há que se constatar que a Constituição Federal de 1988 e a instauração do Estado democrático de direito, doutrinariamente, muito contribuíram para a fixação de um novo perfil dogmático para a atividade

de jurisdicional. Nos limites estritos desta exposição, deixarei de examinar a origem privada do fenômeno jurisdicional e a sua evolução até uma concepção quase que absolutamente estatal.²⁸ Aliás, o direito precisa ser compreendido como um sistema orgânico e coerente internamente, e, externamente, aberto aos valores tidos como metajurídicos oriundos da sociedade na qual está inserido.²⁹ Assim, a jurisdição teria como elementos definidores da sua conceituação: precipuamente, **a presença de um terceiro imparcial**; e, subsidiariamente, a efetivação de **poder compositivo autoritário** ou obrigatório.³⁰

PARTE II O PROCEDIMENTO DE CONSULTA NA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

O procedimento de consulta na Justiça Eleitoral é bastante peculiar e muito pouco divulgado, haja vista mesmo as sérias restrições para o seu requerimento. Desta forma, será necessário apresentarmos inicialmente o seu *status* legal, para, em seguida, podermos efetuar algumas considerações

A) Características do procedimento e seu perfil legal

A norma básica acerca do procedimento de consulta está prevista no Código Eleitoral brasileiro - Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Por fidelidade ao enfoque pretendido, irei restringir-me às consultas efetuadas junto aos Tribunais Regionais Eleitorais. É, portanto, ao tratar da competência destes órgãos colegiados da Justiça Eleitoral que o código estabelece:³¹

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

.....
VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem fei-

tas, em tese, por autoridade pública ou partido político;

....."

Para emprestar maior curiosidade ao assunto, seria interessante ressaltar que foi através de uma consulta junto ao egrégio Tribunal Superior Eleitoral, requerida pelo Partido Social Democrático e pela Ordem dos Advogados do Brasil, que se instaurou a Assembleia Constituinte de 1946, responsável por mais uma tentativa de redemocratização do país. A resposta à consulta estabeleceu que o *Parlamento Nacional, que será eleito a 2 de dezembro de 1945, terá poderes constituintes, isto é, apenas sujeito aos limites que ele mesmo prescrever. É dizer, a assembléia que votou a Constituição de 1946 investiu-se de poderes constituintes originários, por força de decisão do Tribunal Superior Eleitoral.*³²

Atente-se que a Constituição Federal, ao estabelecer as competências dos órgãos da Justiça Eleitoral, deixa de mencionar a sua competência normativa, ao contrário do que acontece com a Justiça do Trabalho (artigo 114, § 2º, da Constituição). No entanto, não há como não constatar que a Justiça Eleitoral exerceu sempre impressionante esforço regulamentador das leis eleitorais. Tal atitude dá-se pela dualidade de funções atribuídas a esta justiça especializada, acumulando, ao lado do mister tipicamente jurisdicional, enorme carga de atribuições administrativas. Esta observação é importante para diferenciar as tarefas administrativas do TSE e dos TREs, na emissão de resoluções complementares às leis eleitorais, da atribuição específica de responder consultas. Note-se que nas consultas, notadamente, realiza-se verdadeira interpretação judicial (em abstrato) das leis vigentes.

Um feixe de fatos de natureza sociológica, política e jurídica determinaram historicamente esta competência. O primeiro deles é a absoluta sistematização do que se pode chamar de Direito Eleitoral. Em torno do Código, editado em 1965, orbitam inúmeras disposições legais de caráter substantivo e adjetivo, numa sobreposta e contínua auto-revogação da lógica interna do sistema. Tal acontece pela costumeira urgência com que se delibera e se vota a legislação eleitoral. Por fim, talvez nenhum outro ramo do direito público seja tão suscetível das oscilações e interesses políticos circunstanciais. A cada eleição corresponde uma legislação. O emaranhado legislativo formado, juntamente com as resoluções complementares da própria Justiça Eleitoral, tornou este campo do direito um verdadeiro pântano jurídico, inacessível de ser penetrado com segurança mesmo aos já iniciados. A possibilidade de - através do procedimento de consulta - requerer, junto a um órgão jurisdicional, pura interpretação de norma jurídica consiste em verdadeira confissão pública de que, efetivamente, há muito tempo, a lei não oferece certeza ou segurança jurídica. Ao contrário.³³

Em geral, as consultas são formuladas através de perguntas (mais ou menos objetivas) provocadas por dúvidas e perplexidades na interpretação legal, por alguma lacuna na lei ou por antinomias localizadas no conjunto de normas. Protocolizadas junto aos TREs (ou ao TSE, conforme o caso), são dirigidas a sua Presidência. O Presidente determina a distribuição do feito a um dos juizes, que o relatará, sujeitando seu voto, formulado no sentido de responder à indagação, à Corte. Sujeita-se tal procedimento à autuação comum dos outros feitos de natureza ju-

risdicional. Não há a presença de partes, mas apenas de um *interessado*, que é o requerente da consulta. Com reservas, tem-se aceito, inclusive, que as consultas sejam formuladas pelo recurso do *fac-símile*.

Segundo o Código Eleitoral, a indagação deverá ser formulada **em tese**, ou seja, sem abranger caso em concreto. O requerimento de consulta deve ser formulado por *partido* ou *autoridade pública*. A jurisprudência do TRE/RS convencionou que os órgãos legitimados no partido para apresentar consultas junto ao tribunal são os diretórios estaduais. Quanto ao conceito de autoridade pública, a controvérsia é ainda ampla. Não é exigida, no entanto, a atuação de advogado (artigo 133 da Constituição).³⁴

B) Considerações críticas acerca do regramento do procedimento de consulta

Teríamos redefinido jurisdição pela presença de dois critérios básicos: a presença de um terceiro imparcial e o exercício do poder heterocompositivo autoritário (efeito vinculante da decisão).

A imparcialidade é a nota primordial que unge os Tribunais Eleitorais a conduzirem por todo o país os tão concorridos pleitos políticos. Se a imparcialidade é requisito subjetivo essencial a qualquer juiz ou Tribunal, muito mais o é a um órgão encarregado de arbitrar a luta pelo poder político.³⁵

Da mesma forma, não pairam dúvidas de que os órgãos da Justiça Eleitoral integram o Poder Judiciário (artigo 92, inciso V, da Constituição) e exercem, nos limites de suas competências, poder de decidir, com caráter vinculante, vale dizer, com poder heterocompositivo autoritário ou obrigatório.

Restaria indagar se o procedimento de consulta caracteriza-se como ati-

vidade jurisdicional ou não. Para tanto, é oportuno observar que tem sido da vontade do legislador constituinte desde 1937, dotar o país de uma corte judicial especializada em matéria eleitoral.³⁶ No cerne do procedimento de consulta, reside autêntica interpretação jurídica, verdadeira *juris dictio*, processada perante um tribunal. A resposta - mais que resolver a um caso específico - pretende informar a toda generalidade de indivíduos, **induzindo a adoção de condutas** determinadas em face da lei.

A proceder este raciocínio, haveríamos de qualificar também o procedimento de consulta entre os feitos jurisdicionais. *Penso que se deva definir como jurisdicional a atividade própria do Poder Judiciário.*³⁷ A tentativa de compactá-lo doutrinariamente entre feitos de jurisdição voluntária - e já apresentei razões para também não afastá-los igualmente da jurisdição - seria desastrosa. Tradicionalmente, os feitos de natureza graciosa são considerados como *administração pública de interesses privados*. Ora, parece definitivo perguntar: o prazo de desincompatibilização de um servidor público que exerça gestão econômica ou política e pretenda concorrer a uma eleição é do interesse meramente privado?³⁸ Outro, contudo, o respeitável posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao afirmar que a consulta possui *caráter administrativo, sem eficácia vinculante, insusceptível de controle abstrato de constitucionalidade*.³⁹

Descendo das altas plataformas jurídicas, nas quais são elaboradas e interpretadas as leis, e chegando ao mundo dos fatos, das ruas, da prática forense, há que se declarar que dificilmente uma consulta é feita realmente em tese. O Código de Processo Civil

determina, como condição da ação, o **interesse**, vale dizer, a vantagem que determinado provimento pode proporcionar (CPC, artigo 3º). É inverossímil que os partidos políticos e as autoridades públicas, em pleno ano eleitoral, premidas por uma série de ocupações e pressões, possam divagar e pleitear, junto à Justiça Eleitoral, pronunciamentos que não lhes sejam imediatamente necessários. O fato de não se denominar especificamente os interessados (ou os interesses), não torna, em absoluto, a consulta em abstrato, mas apenas lhe empresta um ar de abstração. Desde já, é necessário ressaltar que esta aludida *abstração* torna ainda mais árdua a tarefa do tribunal que irá se pronunciar sobre o caso em exame. Acostumado a referenciar-se no **concreto**, manifestar-se-á vinculando-se, ao menos formalmente, a uma questão que não lhe foi apresentada na sua forma integral. Neste sentido, o voto do juiz Gilson Langaro Dipp:

Entendo que refoge a nossa competência entrarmos em detalhes minuciosos sobre prestação de contas, aplicação de verbas públicas, quando nem nós mesmos, pela legislação eleitoral complexa, estamos aptos a emitir um parecer completo e definitivo. (Acórdão do TRE/RS, Classe VII, nº 50/96, julgado em 24.06.96, relator juiz Marco Aurélio Heinz)⁴⁰

Se considerarmos que a atividade de responder consultas caracteriza-se como ato jurisdicional, mister seria que as mesmas fossem formuladas por advogados, a teor do artigo 133 da Constituição Federal. Esta exigência não é geralmente feita, tendo-se em conta a adoção do entendimento contrário. Todavia, é preciso refletir que a atuação de profissional legalmente habilitado pode vir a facilitar a formulação das tão

intrincadas questões. Aliás, se ainda não o fazem, os partidos políticos deveriam assessorar-se permanentemente de profissionais da área do direito, habilitados não só na seara eleitoral, mas no conhecimento da teoria geral da ciência, afim de ajudar-lhes a desvendar as senhas de tão intrincado sistema. Isso provavelmente contribuiria para a diminuição do número de consultas junto aos tribunais e para a sua melhor formulação.⁴¹

Outro aspecto que merece relevância é a orientação legal que deu *autonomia aos partidos políticos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento* (artigo 17, §1º, da Constituição Federal). A Lei nº 9.096/95 - Lei Orgânica dos Partidos Políticos - vem justamente consolidar a democratização política advinda pela Constituição de 1988. Neste sentido, a Justiça Eleitoral, que por muito tempo exerceu função supervisora e fiscalizadora sobre os atos partidários e sobre as próprias agremiações, tem reduzidas suas atribuições tuteladoras dos grupos políticos. Também os partidos precisariam amadurecer neste novo tempo e dispensar a Justiça de pronunciamentos acerca de questões que poderiam individualmente resolver.

Outro aspecto interessante do processo de consulta é a fixação do conceito de autoridade pública. Há enorme oscilação entre os tribunais. O TRE/RS, a partir de dado momento do ano de 1996, firmou posicionamento em não conhecer consultas formuladas por juízes eleitorais, haja vista que as questões apresentadas, na verdade, não são situações efetivamente em tese, mas eventuais e futuras dúvidas, que o próprio juiz deveria resolver na condução do pleito. Perceba-se: os próprios juízes eleitorais não se sentem se-

guros para interpretar a lei, optando, intuitivamente, ao consultarem o Tribunal, pela supressão da sua própria jurisdição e vinculando-se ao pronunciamento do órgão superior. Ora, tal circunstância desvirtua a própria organização judiciária, já que os tribunais conheciam (ou conhecem), através do expediente de consultas formuladas por juiz eleitoral, matéria que só viria ao seu conhecimento em grau de recurso. Recurso enfrentando exatamente uma decisão que o juiz irá prolatar de acordo com a resposta que tiver do tribunal. Frustra-se a criatividade do órgão jurisdicional de primeiro grau, subtrai-se um grau de jurisdição e compromete-se o próprio processo jurisdicional, haja vista que a consulta formulada em tese não contém, efetivamente, todos os componentes do eventual caso em concreto. Propicia-se o paradoxo de que o próprio órgão redator da resposta à consulta, ao examinar eventual recurso, vá de encontro à orientação que ele próprio emitiu.

Isto efetivamente pode ocorrer, independentemente de quem formule a consulta. O ato de julgar o caso em concreto constitui-se numa complexa e delicada verificação de incidência da norma abstrata ao fato real.

Como já se disse, o pedido de interpretação da norma, efetuado através da consulta, mantém a abstração da questão e não fornece ao julgador os elementos necessários à plena exegese jurídica. Aliás, sentenciar, *lato sensu*, é *sentire*, e tal atitude só pode se realizar em face do fato concreto.

Em um dos temas mais candentes acerca das eleições brasileiras, qual seja, o financiamento das campanhas e a sua conseqüente **prestação de contas**, o TRE/RS, à unanimidade, respondendo consulta formulada pelo

Diretório Regional do PMDB/RS, decidiu que *cada partido político, coligado ou não, deverá ter seu próprio comitê financeiro, que deverá prestar contas no prazo estipulado na Resolução nº 19.510 do TSE*.⁴²

Passado pouco mais de um ano da resposta a esta consulta, a mesma Corte, igualmente à unanimidade, ao examinar **caso em concreto** decidiu que a não-apresentação das contas conjuntamente constituiria mera irregularidade formal, dando provimento ao recurso, entendendo por regular a prestação de contas e indo em sentido contrário a sua própria orientação anterior (emanada sem a presença de um caso específico).⁴³

A TÍTULO DE CONCLUSÃO:
JURISDIÇÃO E POSITIVISMO
JURÍDICO - A QUEBRA DOS MITOS.

Jurisdição: dicção do direito. Mas que direito? Qual o direito?

Para Kelsen, e talvez mais para os seus seguidores, a resposta veio pela teoria pura do direito: *percio la sentenza è di per se stessa una norma giuridica individuale*.⁴⁴ Um direito sem "contaminações" axiológicas, um direito escrito e fixado na lei, construído exclusivamente pelo Estado. Um direito que não se presta a divagações religiosas, sociais, filosóficas ou mesmo morais. Uma verdadeira ciência do direito, a ser revelada pelos mesmos critérios e instrumentos pelos quais se descobrem os princípios dos demais ramos do conhecimento. Enfim, um direito que atribua ao cidadão e ao intérprete, de plano, **segurança e certeza jurídica**.⁴⁵

A epopéia em busca destes dois valores vem de longa data, em percurso nem sempre linear. No chamado *Ancien Régime*, a ideologia da lei como fonte única da normatividade, exclusiva

e excludente de outras forças, estabelece o seu império. Em busca da atribuição de certeza e segurança jurídica necessários ao implemento da ascendente economia burguesa, rompe-se com o fenômeno do particularismo - vários regramentos específicos para os diversos níveis sociais, tais como a nobreza e o clero. Concentra-se, igualmente, a produção normativa dispersa por inúmeras fontes, tendo no costume local a sua grande pluralidade. Surge o mito da lei, como restabelecadora e garantidora dos valores a que estamos nos referindo. *O mito da lei, que passará a ser tida fonte suprema, quase exclusiva, da produção jurídica. A lei contida num código, que se justifica por si mesma, que é infensa a qualquer outra ordem de valoração salvo o critério da ilegalidade.*⁴⁶ A visualização desta ideologia dá-se através do **código**, o repertório completo e acabado da lei, fechado em si mesmo, de auto-referência, não sujeito a lacunas, portador e disseminador das tão almejadas **certeza e segurança jurídica**. Tudo está no código e o código a tudo responde.

A ilusão de aprisionar e sufocar todo fenômeno vital e seus desdobramentos em textos escritos, genéricos e abstratos mostrou-se frustrada. A vida tem-se revelado pouco disposta a condicionar-se ao preestabelecido nos códigos e nas leis em geral. Ampliou-se o distanciamento entre o direito como fato, valor e norma, estabelecendo-se hiatos intransponíveis entre o texto legislado e a vida real.

*...então o direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas. O Direito é uma dimensão da vida humana. O Direito acontece no seio da vida humana.*⁴⁷

Ora, uma vez perdidos os conectores do direito ao concreto, pareceu que a solução para reatar tal proximidade seria justamente aumentar a produção legislativa. Fomentar o próprio positivismo pela crescente e indiscriminada produção de normas, sobre todos os assuntos, exercendo cada vez mais minudência, até mesmo no campo constitucional, objetivando, de uma vez por todas, acorrentar a existência humana ao direito escrito. A inflação legislativa então estabelecida é essencialmente autofágica, gerando justamente mais incerteza e insegurança num emaranhado legal mais e mais intrincado e de árduo manejo. No dizer de Cappelletti, trata-se de verdadeira poluição jurídica.⁴⁸ Deixaremos de comentar a ruptura estrutural no ordenamento que representam as Medidas Provisórias e as suas insanas e incontáveis republicações.

Neste quadro, intensificam-se as exigências dirigidas ao Poder Judiciário, afim de que ele se pronuncie acerca do direito vigente. O sociólogo português Boaventura de Souza Santos aponta que a grande demanda de acesso ao Judiciário nos últimos anos é mesmo resultado das transições políticas para a democracia, que atribuíram ao Judiciário o papel de um dos *garantes mais confiáveis das instituições democráticas*.⁴⁹

O procedimento de consulta afeito à Justiça Eleitoral brasileira evidencia a perplexidade que o positivismo esboça diante da pretensão de esgotar o direito e de ser a emanção clara e compreensível da ordem jurídica. Ao mesmo tempo, representa a confiança que a sociedade deposita no Poder Judiciário para desvendar as normas vigentes, em um emaranhado de lacunas e antinomias. Faltaria comentar se a descoberta da lei

é um ato de vontade do juiz ou de mera inteligência. Vale indagar se o magistrado apenas efetua um raciocínio lógico-dedutivo, e por assim dizer matemático, ou vai mais além e intervém criativamente na busca do **valor** jurídico que impregna tal norma.⁵⁰

A Constituição de um país, ápice da hierarquia das normas propostas por Kelsen, deve ser o paradigma a influenciar todo o sistema jurídico que em torno dele se constrói. Não como **mais uma lei**, mas como depositária dos princípios que servirão para interpretar as demais normas. Neste sentido, a Carta de 1988, já tão transfigurada da sua origem, deve conter ainda pistas seguras para que se possa repensar os conceitos de jurisdição e positivismo jurídico, emprestando-lhes o **dinamismo** que o mundo dos fatos reclama.

BIBLIOGRAFIA:

- Aguiar Júnior**, Rui Rosado de. "Interpretação", *Revista Ajuris*, nº 45, páginas 7/20, março de 1989.
- Baptista da Silva**, Ovídio. *Curso de Processo Civil*, Volume I, Fabris Editor, Porto Alegre, 1987.
- Calamandrei**, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tradução de Santiago Sentis Melendo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943.
- Canaris**, Franz. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
- Canotilho**, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.
- Carneiro**, Athos Gusmão, "Jurisdição - Noções fundamentais", *Revista de Processo*, nº 19, julho/setembro de 1980.
- Carnelutti**, Francesco. *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960.
- Chiovenda**, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, Edição Saraiva, São Paulo, 1969.
- Cappelletti**, Mauro e Garth, Bryant. *Acesso à justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.
- "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente", *Rivista Trimestreale di diritto e procedura civile*, nº 3, setembro de 1982.
- Dinamarco**, Cândido. *A instrumentalidade do processo*, 5ª edição, Malheiros Editores, 1996.
- Ferraz**, Sérgio. "Dos recursos aos Tribunais Regionais Eleitorais", in *Direito Eleitoral*, obra coletiva organizada por Carlos Mário da Silva Velloso e Carmem Lúcia Antunes Rocha, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1996.
- Lacerda**, Galeno. "Processo e Cultura", *Revista de Direito Processual Civil*, Saraiva, São Paulo, janeiro/junho, 1961.
- *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª edição, t. I/página 22, Rio de Janeiro, v. VIII, 1981.
- Kelsen**, Hans. *Teoria pura do direito*, 5ª edição, tradução de João Baptista Machado, Arménio Amado, Coimbra, 1979.
- Marques**, José Frederico. *Ensaio sobre jurisdição voluntária*, segunda edição, Edição Saraiva, São Paulo, 1959.
- Martins-Costa**, Judith Hoffmeister. "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico", *Revista dos Tribunais*, Volume 680.
- *Sistema e cláusula geral: A boa-fé objetiva no processo obrigacional, tese inédita de doutorado em Direito Civil*, Universidade de São Paulo (USP), 1º e 2º volumes, 1996.

- Martins, Soveral.** *Processo e Direito Processual, Noções complementares, Processos heterocompositivos*, 2ª edição, Centelha, Portugal, 1986.
- Micheli, Gian Antonio.** *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tradução de Santiago Sentis Melendo, EJE - Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, sd.
- Porto, Sérgio Gilberto.** "Jurisdição voluntária: atividade administrativa ou jurisdicional?", *Revista Jurídica*, vol. 104, março/abril de 1984.
- Pugina, Márcio de Oliveira.** "Deontologia, magistratura e alienação", *Ajuris* nº 59, novembro de 1993.
- Reale, Miguel.** "Linha evolutiva da teoria tridimensional do Direito", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, Volume 88, 1993.
- Rivas, Adolfo Armando.** "Ideas para una teoria general del proceso", *Revista de Processo*, nº 5, julho/setembro de 1988.
- Roselli, Federico.** "La attività giurisdizionale nella teoria di Kelsen", *Rivista di Diritto Civile*, páginas 153/175, anno XXXVII, nº 2, março/abril de 1991.
- Santos, Boaventura de Souza** "Os Tribunais e a globalização", *Jornal o Estado de São Paulo*, Espaço aberto, A 2, 09/11/96.
- Tesheiner, José Maria Rosa.** *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, Editora Saraiva, São Paulo, 1993.
- Tucci, Rogério Lauria.** "Jurisdição, ação e Processo Civil", *Revista de Processo*, nº 52, outubro/dezembro de 1988.
- Velloso, Carlos Mário da Silva.** "A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil" in *Direito Eleitoral*, obra coletiva organizada pelo autor e por Carmem Lúcia Antunes Rocha, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1996.
- ¹ Artigo publicado na *home page* do Curso de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS): <http://www.ufrgs.br/mestredir/artigos.htm>
- ² José Frederico Marques, *Ensaio sobre jurisdição voluntária*, segunda edição, Edição Saraiva, São Paulo, página 17, 1959.
- ³ Isso ocorre em perfeita sintonia e, até diria, obediência ao teor da Constituição, que determina que *todo o poder emana do povo* (artigo 1º, parágrafo único). Especificamente quanto aos Juizados Especiais há a orientação do artigo 98, inciso I: *A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criam Juizados Especiais...* No que tange à Arbitragem, implementa-se o artigo 5º, § 2º, dando vigência aos tratados internacionais em que o Brasil é signatário e que propugnam a adoção do instituto. Sobretudo, faz-se valer a autonomia privada subjacente no texto constitucional e o princípio da garantia de acesso à justiça (o Estado brasileiro elegeu a justiça como um dos seus valores maiores, segundo o preâmbulo da Carta Constitucional).
- ⁴ Refiro-me ao **valor justiça**, prefigurado no preâmbulo do texto constitucional, irradiando efeitos sobre todo o corpo da Carta.
- ⁵ Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, Malheiros Editores, 5ª edição, página 21, 1996.
- ⁶ Athos Gusmão Carneiro, "Jurisdição - Noções fundamentais", *Revista de Processo* nº 19, página 10, muito bem lembrou da utilização comumente inapropriada do termo: *estrada sob a jurisdição do DNER; escola sob jurisdição da 1ª Delegacia de Ensino, e assim por diante. Não se cuida nestes casos, em absoluto, de "jurisdição", mas sim de atribuições ou de "âmbito de responsabilidade" do órgão administrativo.*
- ⁷ Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tradução de Santiago Sentis Melendo, página 34, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943. Assevera-se ainda que nas suas origens a jurisdição possuía contornos bem diversos dos atuais, sendo seu atual perfil resultado da permanente evolução e dinamização social, cultural e política.

⁸Neste sentido, Galeno Lacerda, "Processo e Cultura", *Revista de Direito Processual Civil*, Saraiva, São Paulo, janeiro/junho, 1961.

⁹Saliente-se que não estamos falando de conceitos jurídicos indeterminados ou das chamadas "normas em branco" muito conhecidas no direito penal. Refiro-me especificamente a traços caracterizadores de institutos jurídicos e a sua **dinamização** ao longo do tempo e em espaço determinado.

¹⁰Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução de J. Guimarães Menegale, página 3, Edição Saraiva, São Paulo, 1969.

¹¹*Ibidem*, página 11.

¹²Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Volume I, página 21, Fabris Editor, Porto Alegre, 1987, chama de *atividade realizadora do ordenamento jurídico*.

¹³Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª edição, t. I/página 22, Rio de Janeiro, v. VIII, 1981, que passo a transcrever, para fidelidade de sua eloquência: *Esta tese absolutamente insatisfatória não só não explica a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que tiverem por objeto conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes (processo penal, processo civil inquisitório - ex: nulidade de casamento), senão que deixa in albis também o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questão de processo, especialmente daquelas que dizem respeito à própria atividade do juiz, como as relativas à competência e suspeição, onde jamais se poderá vislumbrar qualquer traço de "substitutividade" a uma atuação originária, direta e própria das partes.*

¹⁴Allorio, *Problemas de derecho procesal*, tradução argentina, segundo volume: o efeito declaratório ou seja, a coisa julgada é sinal inequívoco da verdadeira e própria jurisdição, *apud* Ovídio Baptista da Silva, ob. cit., página 22.

¹⁵Francesco Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, página 93, 1960.

¹⁶José Maria Rosa Tesheiner, *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, Editora Saraiva, São Paulo, página 68, 1993.

¹⁷Soveral Martins, *Processo e Direito Processual - Noções Complementares -*

Processos Heterocompositivos, 2º volume, Centelha, Portugal, página 8, 1986. Ressalto as diferenças entre o português da terra de Camões e o praticado no Brasil.

¹⁸Gian Antonio Micheli, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tradução de Santiago Sentis Melendo, EJEJA -Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, sd.

¹⁹Soveral Martins, *Processo e Direito Processual...*, ob. cit., página 9.

²⁰*Ibidem*, idem, *a imparcialidade do terceiro não só legitima a sua autoridade como contribui para suavizar a força de que dispõe.*

²¹*Ibidem*, página 12.

²²Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.

²³Soveral Martins, *Processo e Direito Processual...*, ob. cit., página 12.

²⁴Não há que se perceber uma contradição no fato de o Judiciário exercer poder estatal e não haver "eleição" para seus membros. É da melhor tradição jurídica brasileira o sistema de concursos públicos para provimentos dos cargos de carreira inicial, as promoções para ascensão na carreira e a "oxigenação" dos tribunais pela participação dos advogados e do Ministério Público através do quinto constitucional (artigos 93 e 94 da Constituição). A sujeição dos nomes dos ocupantes de Tribunais Superiores ao chefe do Executivo e ao Senado Federal, no modelo atual, legitimam a indicação destes magistrados, transferindo parte de sua soberania popular. Por óbvio, o modelo reclama ainda aperfeiçoamentos.

²⁵Importante frisar que apenas esta concepção acomoda de forma mais confortável o **processo penal**, de todo excluído no quadro da jurisdição, concebida seja a partir dos conceitos de substitutividade, coisa julgada ou lide. No mesmo sentido José Maria Rosa Tesheiner, *Elementos*, ob. cit., página 73. Contra: José Frederico Marques, *Ensaio*, ob. cit., página 29.

²⁶Sérgio Gilberto Porto, "Jurisdição voluntária: atividade administrativa ou jurisdicional?", *Revista Jurídica*, página 94, Ano XXXI, vol. 104, março/abril de 1984.

²⁷*Ibidem*, página 94. Sobre jurisdição voluntária, entre outros, consultar: José Frederico Marques, *Ensaio sobre Jurisdição*

voluntária, *ob.cit.*; Rogério Lauria Tucci, "Jurisdição, ação e Processo Civil", *Revista de Processo* nº 52, outubro/dezembro de 1988 e Adolfo Armando Rivas, "Ideias para uma teoria general del proceso", *Revista de Processo* nº 51, ano 13, julho/setembro de 1988.

²⁸ Para tanto, remeto a leitura do brilhante artigo do professor Almiro do Couto e Silva, "Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas", publicado na *home page* do Curso de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da UFRGS: <http://www.ufrgs.br/mestredir>

²⁹ Sobre o conceito de sistema no direito por todos, ver Franz Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 e Judith Hofmeister Martins-Costa, "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico", *Revista dos Tribunais*, Volume 680, páginas 47/58, e, ainda, *Sistema e cláusula geral: A boa-fé objetiva no processo obrigacional*, tese inédita de doutorado em Direito Civil, Universidade de São Paulo (USP), 1º e 2º volumes, 1996.

³⁰ Além da própria imparcialidade, o poder compositivo autoritário concebido por Soveral Martins, demandaria especial atenção no exame das suas origens. Caberia à sociologia jurídica examinar o poder de certos agrupamentos sociais em resolver seus próprios litígios, tais como as associações de moradores em favelas e em outros centros populacionais.

³¹ O artigo 23, inciso XII, do Código Eleitoral fixa a competência do TSE para responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.

³² Carlos Mário da Silva Velloso, "A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil" in *Direito Eleitoral*, obra coletiva organizada pelo autor e por Carmem Lúcia Antunes Rocha, Editora Del Rey, Belo Horizonte, página 14, 1996.

³³ A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que complementa o artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, é emblemática. Ao tratar dos casos de inelegibilidade, é de redação pouco técnica e de difícil interpreta-

ção. Extensa e minudente ao prescrever os prazos de desincompatibilização para concorrer-se a cargos eletivos, foi absolutamente violentada na sua natureza pelo advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1997, que introduziu a reeleição para os cargos do Poder Executivo.

³⁴ No novo Regimento Interno do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, publicado no Diário Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de 09/12/97, páginas 18/21, prevê-se o indeferimento liminar das consultas que não atenderem os requisitos legais.

³⁵ Márcio de Oliveira Pugina, "Deontologia, magistratura e alienação", *Ajuris* nº 59, novembro de 1993, página 175, distingue imparcialidade judicial de neutralidade.

³⁶ Ao utilizar o termo *corte judicial* acredito não estar efetivando um pleonasmo. Ocorre, que em outros ordenamentos jurídicos, como o francês, convivem lado a lado, cortes judiciais e administrativas. Os Tribunais Eleitorais estão relacionados entre os órgãos do Poder Judiciário, não podendo serem caracterizados como cortes administrativas.

³⁷ José Maria Rosa Tesheiner, *Elementos*, *ob. cit.*, página 73.

³⁸ Sérgio Ferraz, "Dos recursos aos Tribunais Regionais Eleitorais", in *Direito Eleitoral*, *ob. cit.*, página 373, esclarece que não há erro em afirmar que os Tribunais Regionais Eleitorais desempenham um papel eclético no sistema brasileiro, atuando, a um só tempo, como cortes judiciais e como cortes administrativas. E nisso encarnam uma singularidade em nossa estrutura de tribunais, aproximando-a, bastante, do modelo clássico de convivência, jurisdição e contencioso administrativo. Concorro com o autor, menos na distinção entre jurisdição e contencioso administrativo. Na verdade existem verdadeira jurisdição administrativa (ao cargo do contencioso administrativo) e verdadeira jurisdição comum (atribuída aos Tribunais judiciais). Não há razão para a distinção em países como a França, já que há duplicidade de jurisdição.

³⁹ Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.805-DF, relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 26.03.98, Informativo do STF nº 104, Brasília, 23 a 27 de março de 1998.

⁴⁰ Os acórdãos do TRE/RS que serão mencionados foram fornecidos pela Coordenadoria de Taquigrafia e Acórdãos do referido órgão. Desde 1996 o tribunal gaúcho edita revista quadrimestral com jurisprudência e artigos relacionados à matéria eleitoral.

⁴¹ A ementa do acórdão TRE/RS, Cl. VII, nº 38/96, relator juiz Gilson Langaro Dipp, é bem exemplificativa: Eleições 1996. Consulta. 1) Prazos de desincompatibilização de: a) servidor público municipal estatutário; b) professor público municipal estatutário; c) Vice-Presidente de sindicato de trabalhadores da iniciativa privada; d) inspetor de polícia; e) Juiz leigo do Juizado Especial Cível; f) técnico agrícola, servidor da EMATER; g) Vice-Prefeito, considerando que lei municipal lhe fixou atribuições; e, tendo em vista as referidas atribuições, possibilidade de recebimento de verba de representação normal, ante o silêncio da lei sobre o tema; 2) possibilidade de candidatura por parte de eleitor cujo nome está ausente de relação de filiados apresentada em cartório eleitoral em dezembro de 1995, por falha do partido de que é membro; 3) possibilidade de candidatura, à prefeitura, de concunhado de atual Prefeito. Respostas: 1, a e b: três meses, conforme a alínea "I", com a exceção prevista na alínea "d", ambas do inciso II do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90; c: quatro meses, a teor do art. 1º, II, "g", da mencionada Lei; d: solução idêntica à dos quesitos a e b, ressalvando-se que, na hipótese de o servidor estar exercendo as funções de delegado de polícia, incide o prazo referente às autoridades públicas; e: três meses, forte no art. 1º, II, "I", considerados os termos do art. 7º da Lei nº 9.099/95; f: três meses, conforme a aludida alínea "I", mesmo sendo a EMATER pessoa jurídica de direito privado, eis que gera e aplica verbas públicas; g: indagação não conhecida, por se tratar de caso concreto e não versar sobre matéria eleitoral; 2) resposta afirmativa, com fundamento no art. 58 e nos parágrafos 1º e 2º do art. 19 da Lei nº 9.096/95; 3) resposta afirmativa, uma vez que, conforme a melhor doutrina que interpreta o art. 334 do Código Civil, não há afinidade entre concunhados.

⁴² Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, Coordenadoria de Taquigrafia e Acórdãos, Processo Classe VII, nº 53/96, relator juiz Marco Aurélio Heinz, julgado em 24 de junho de 1996.

⁴³ Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, Coordenadoria de Taquigrafia e Acórdãos, Processo Classe VIII, nº 196/97, relator juiz Norberto da Costa Caruso Mac-Donald, julgado em 17 de fevereiro de 1998.

⁴⁴ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 5ª edição, tradução de João Baptista Machado, Arménio Amado, Coimbra, 1979. O pensamento de Kelsen sobre a atividade jurisdicional mereceria trabalho apartado e o exame detido do texto de Federico Roselli, "La attività giurisdizionale nella teoria di Kelsen", *Rivista di Diritto Civile*, páginas 153/175, ano XXXVII, nº 2, março/abril, 1991.

⁴⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, página 380, considera o princípio da segurança jurídica como elemento essencial do princípio do Estado de Direito. Em sentido contrário Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do Processo*, Malheiros Editores, página 42, nota de rodapé nº 7, 1996, o qual entende que o valor de certeza ou segurança jurídica *situa-se no campo social e não no jurídico*.

⁴⁶ Judith Martins-Costa, *Sistema e cláusula geral*, ob. cit., página 20, autora de indispensável consulta para o exame deste tema.

⁴⁷ Miguel Reale, "Linha evolutiva da teoria tridimensional do Direito", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, Volume 88, 1993.

⁴⁸ Mauro Cappelletti, "Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente", *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, settembre 1982, nº 3, página 775, refere-se a uma *orgia di legiferazione* e salienta que *una caratteristica evidente del nostro secolo è stata una proliferazione di leggi senza precedenti nella storia. In risposta al progressivo complicarsi delle condizioni sociali ed economiche, i legislatori moderni sono andati rigurgitando codici, leggi e leggine con lo stesso ritmo con cui le fabbriche sono andate rigurgitando polluzione*.

⁴⁹ Boaventura de Souza Santos, “Os Tribunais e a globalização”, *Jornal o Estado de São Paulo*, Espaço aberto, A 2, 09/11/96.

⁵⁰ Sobre este instigante tema, entre outros, consulte-se “Interpretação”, de Rui Rosado de Aguiar Júnior, *Revista Ajuris* nº 45, março de 1989.