

DA SISTEMATIZAÇÃO À EVOLUÇÃO DAS NORMAS ELEITORAIS

Carlos Bastide Horbach

Na abertura de um dos capítulos de sua célebre obra de 1956, *Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito Privado*, Josef Esser parte da distinção clássica entre ordenamentos casuísticos e sistemáticos para – por vez primeira e utilizando-se de terminologia do romanista Fritz Schulz – apresentar a classificação dos sistemas jurídicos em “sistemas fechados” e “sistemas abertos”.¹

Independentemente da sistemática de fontes, do primado desta sobre aquela; independentemente da maior ou menor função do intérprete na construção das normas; independentemente de o raciocínio jurídico se voltar para o problema ou para abstrações conceituais; lá e cá o Direito é sistema, apresentando tessitura mais ou menos tramada, que o faz um sistema aberto ou fechado.

O esforço de Esser para apresentar o casuísmo anglo-saxônico como algo sistemático derivou, certamente, de sua compreensão do fenômeno jurídico como um todo; compreensão essa forjada na tradição germânica da jurisprudência de conceitos e da pandectística. Nesse contexto, sintetizado pela conhecida frase de Hans Julius Wolff – “A Ciência do Direito ou é sistemática ou não existe”² –, apresentar o *Common Law* como um sistema, ainda que aberto, era o mesmo que lhe conferir cientificidade, a seriedade que lhe projetaria a um novo e mais qualificado patamar acadêmico.

Não somente isso. Como ensina Claus-Wilhelm Canaris, há duas características da noção de sistema que são essenciais para o Direito:

[...] a da *ordenação* e a da *unidade*; elas estão, uma para a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que esse factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.³

¹ Josef Esser. **Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**, trad. Eduardo Valentí Fiol, Barcelona: Bosch, 1961, p. 183. Essa, aliás, é uma das grandes premissas da obra, que a apresenta em suas primeiras páginas: “Assim, em todas as culturas jurídicas se repete o mesmo ciclo: descobrimento de problemas, formação de princípios e articulação de um sistema. O que a tradicional controvérsia metódica apresenta como uma suposta luta entre um pensamento ‘aberto’ e problemático, por um lado, e um pensamento ‘fechado’, conceitual e dedutivo, por outro, é em grande parte um metabolismo necessário e que produz choques entre as novas experiências da prática casuística e as energias formais da academia” (p. 10 – tradução livre).

² Claus-Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 3. ed., trad. de António Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 5.

³ Claus-Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**, p. 12-13.

Assim, reconhecer o Direito – em suas diferentes vertentes – como um todo sistemático é conferir à pluralidade jurídica maior racionalidade, mais sólida coerência interna e mais efetiva aplicabilidade, incrementando-se – com isso – a segurança jurídica, a certeza do direito, a previsibilidade das decisões.

Ademais, na linha do esforço sistematizador de Esser, os modelos casuístico e abstrato passaram a apresentar movimentos de evidente aproximação, como já identificado, ainda nos anos 1950, por René David:

Países de direito romano-germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos utilizados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.⁴

De um lado, o Direito anglo-saxônico mais e mais passava a desenvolver a função corretiva do *statute law*, geral e abstrato, entrando na “nova dimensão” examinada na seminal obra do Lord Leslie Scarman. Segundo o magistrado britânico, em sua célebre palestra de 1975, o Direito de *common law* deveria entrar num processo de “investigação profunda e de longo alcance sobre o equilíbrio no sistema jurídico entre o Direito elaborado pelo juiz e a lei (*statute*)”, questão que é assim por ele aprofundada:

O velho equilíbrio do *common law*, o qual via a lei (*statute*) não como a regra geral, mas como uma exceção intrusa que não devia sofrer oposição, exceto, talvez, de parte da influência limitadora de uma interpretação judicial restrita, não pode sobreviver no mundo novo onde os juízes, mantendo o Direito ditado pela constituição, talvez tenham, em certas ocasiões, de resistir, em vez de obedecer, à vontade declarada do Parlamento.

[...] O Direito tem necessidade constante de revisão – como um centro urbano, torna-se obsoleto se não é renovado. O *common law* tem sobrevivido graças a uma capacidade inerente de mudança que se origina de sua natureza de ser elaborado pelo juiz. Mas esse grau de flexibilidade, sendo errático e limitado a uma visão do papel do Direito na sociedade que não é mais adequada às necessidades desta e dependente demais das idiossincrasias dos juízes, não mais conseguiu evitar a confusão atual do Direito e a sua exposição ao risco de ser substituído por outros remédios e por outras maneiras de se realizar o que a sociedade deseja que seja realizado.

⁴ René David. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, trad. de Hermínio A. Carvalho. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 20.

É portanto vital que o novo Direito baseado na lei (*statute*) se adapte com seu próprio mecanismo para a renovação, o conserto e a reforma do Direito.⁵

Por sua vez, o Direito continental – especialmente o Direito Privado – entrava numa nova era, magistralmente descrita por Natalino Irti no final dos anos 1970. Entrou o Direito – em especial o Direito Privado –, então, naquilo que o jurista italiano, em obra clássica, denominou de “era da decodificação” – *l’età della decodificazione* –, na qual “o código civil perdeu o caráter de centralidade no sistema de fontes”, não mais sendo “sede de princípios gerais, atualmente expressos, para categorias singulares de bens ou classes de sujeitos, por leis externas”.⁶ Em tal era, “a lei deixa de ser geral e abstrata e passa a ser individual e concreta, não mais regra do jogo, alheia aos resultados obtidos, mas vontade de direcionamento e de tutela de interesses específicos”⁷.

Em outras palavras, há 40 anos, pelo menos, Irti vislumbrava um movimento “centrífugo” na Ciência do Direito romano-germânica, com uma evidente “fuga dos códigos” e a afirmação de “diversos núcleos de leis especiais”, verdadeiros “microssistemas” aos quais se deveria conferir sistematicidade.⁸ Em síntese, essa era do Direito romano-germânico era assim descrita:

[...] ao fundo se desenha um horizonte de *corpos de leis*, nos quais institutos singulares ou categorias de relação encontraram completa e definitiva disciplina. Um sistema, assim, *policêntrico*, que não reconhece primados históricos ou prioridades lógicas, e que articula em disciplina setorial e regimes jurídicos de grupos. A unidade é garantida, de um lado, pelo caráter rígido das normas constitucionais, e, de outro, pela capacidade das classes dominantes de prevenirem os particularismos e de refutarem privilégios.⁹

Nesse quadro que descreve o debate jurídico acerca das noções de sistema e de famílias jurídicas, alguém há de perguntar: e as normas eleitorais? Bem, o Direito Eleitoral brasileiro tem sido atacado, há muito, por sua falta de sistematicidade.

Não são poucos os autores que acusam a pluralidade de suas fontes, o protagonismo de seus intérpretes oficiais e a proeminência da *Realpolitik* do “jogo democrático” sobre as etéreas fórmulas abstratas das leis de serem causas de instabilidade do Direito Eleitoral brasileiro. Tais fatores comprometeriam a ordenação, a unidade, a coerência interna das normas eleitorais brasileiras, negando ao Direito Eleitoral como um todo sua natureza sistemática.

O projeto de Sistematização das Normas Eleitorais (SNE), desenvolvido pelo Grupo de Trabalho (GT) instituído pela Portaria-TSE nº 15, de 13 de fevereiro de 2019, o qual teve como Coordenador-Geral o Ministro Luiz Edson Fachin, demonstrou, em sua primeira fase e na linha

⁵ Leslie Scarman. **O direito inglês. A nova dimensão**, trad. de Inez Tóffoli Baptista, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1978, p. 92 e seguintes.

⁶ Natalino Irti. *L’Età della Decodificazione*, **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 10, out./dez. 1979, p. 30.

⁷ Natalino Irti. *L’Età della Decodificazione*, p. 24-25.

⁸ Natalino Irti. *L’Età della Decodificazione*, p. 30-31.

⁹ Natalino Irti. *L’Età della Decodificazione*, p. 32.

do propugnado por Esser há mais de 50 anos, haver sistematicidade nas normas do Direito Eleitoral brasileiro, superando essas aparentes inconsistências.

O GT-SNE teve como primeiro escopo “colher contribuições de juristas, comunidade acadêmica e interessados na identificação de conflitos normativos, antinomias ou dispositivos da legislação eleitoral que estão tacitamente revogados para, ao final, elaborar relatório com minuta de sistematização das normas vigentes”.

Nessa linha, os trabalhos desenvolvidos pelos oito grupos temáticos inicialmente definidos revelaram uma complexa normatividade no Direito Eleitoral pátrio, que se apresenta numa estrutura policêntrica, na qual convivem diferentes microssistemas, cada um deles merecedor de especial atenção.

Foram identificados, então, os seguintes microssistemas no Direito Eleitoral brasileiro, que foram objeto de estudo e de sistematização pelos citados grupos temáticos: o microssistema dos direitos políticos; o microssistema da Justiça Eleitoral; o relativo à propaganda eleitoral; o de financiamento de campanha; o microssistema das normas do contencioso eleitoral; e o microssistema penal eleitoral.

Houve ainda especial atenção com a casuística de temas diretamente ligados ao exercício da cidadania, cujos impactos são evidentes na interpretação de todas as demais normas eleitorais, cuidando da participação de mulheres, jovens, negros, portadores de necessidades especiais e indígenas na política.

Todos esses temas, constituintes de um cenário multifacetado, foram examinados, na primeira fase do projeto, a partir de referenciais mais amplos e capazes de conferir-lhes unidade, como a raiz constitucional do Direito Eleitoral e a boa hermenêutica que orienta os trabalhos do TSE e da Justiça Eleitoral em sua totalidade.

Com isso, desenhou-se a sistematização das normas eleitorais brasileiras, num movimento que – para voltar a Esser – é, nos sistemas abertos, um processo evolutivo.¹⁰ Ou seja, o produto resultante do esforço sistematizador da primeira fase do projeto SNE constituiu o passo inicial de um esforço constante, no sentido do aprimoramento do sistema eleitoral do Brasil.

Além disso, é a prova de que o Direito Eleitoral brasileiro tem ordenação, tem coerência, tem unidade, merecendo um tratamento científico, possível por meio de rigor técnico proporcionado pela metodologia desenvolvida ao longo dos trabalhos da primeira fase do projeto de Sistematização das Normas Eleitorais. Foi ela – a metodologia – igualmente um valioso produto apresentado, em setembro de 2019, por essa primeira fase, pois permitiu a continuidade institucional da tarefa, abrindo espaço para a fase subsequente.

¹⁰ Josef Esser. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**, p. 57.

A segunda fase do projeto SNE, encerrada neste segundo semestre de 2021, teve – por sua vez – objetivos bem mais amplos e ambiciosos, voltados à construção, por meio de um intenso debate com a sociedade e a comunidade acadêmica, de uma visão mais completa e inclusiva dos diferentes institutos do Direito Eleitoral brasileiro, cuja evolução se busca.

De acordo com os termos da Portaria-TSE nº 609, de 21 de agosto de 2020, o GT-SNE II foi “incumbido de promover o aprofundamento e o desenvolvimento dos estudos e debates a partir dos Relatórios Finais” da primeira fase do projeto (art. 1º), buscando a realização de objetivos como a realização de debates acadêmicos sobre os mencionados relatórios, a colheita de “propostas, críticas, sugestões e revisões da comunidade acadêmica e científica”, a revisão dos resultados obtidos na primeira fase e a publicação dos resultados em compêndio do projeto (art. 2º).

Com base nos relatórios produzidos na primeira fase, portanto, os grupos temáticos apontaram, na segunda fase, as lacunas da legislação eleitoral brasileira em cada um dos microsistemas antes mencionados, com intuito de avaliar os potenciais incrementos, propor as mudanças cabíveis e indicar o caminho evolutivo do Direito Eleitoral no Brasil.

Essa missão não foi frustrada pelas dificuldades advindas da pandemia, que restringiu os contatos pessoais e tornou mais difícil a realização das tarefas ordinárias do GT. Apesar das adversidades, as reuniões dos grupos temáticos prosseguiram por meio de videoconferências e pelo constante compartilhamento de documentos, estudos e informações, que mantiveram os membros plenamente inseridos nas tarefas do projeto.

Por outro lado, a ampliação da tarefa de uma fase para outra correspondeu a uma mudança significativa no perfil dos membros dos grupos temáticos nesses dois momentos. Na primeira fase, os grupos limitavam-se, em regra, a membros com formação jurídica, em sua maioria oriundos dos quadros da própria Justiça Eleitoral ou do Ministério Público Eleitoral. Na segunda fase, promoveu-se uma abertura à interdisciplinariedade, num processo que submeteu os temas ao crivo de estudiosos de outros campos para além do jurídico, especialmente da Ciência Política e das Ciências Sociais.

Dessa forma, para além do exame focado nos aspectos normativos, foram trazidas para a segunda fase do SNE análises preocupadas com o objeto da normatização, com as realidades concretas sobre as quais incidem as normas do Direito Eleitoral sistematizadas na primeira fase. Tudo isso com o intuito de melhorar a compreensão de todos acerca da dimensão fática do regime democrático brasileiro, num processo que desaguaria, por certo, na identificação das melhores soluções normativas para seu aprimoramento.

No que diz respeito ao grupo temático voltado ao estudo da Justiça Eleitoral e de temas correlatos, como os sistemas de totalização de votos e de nulidades em matéria eleitoral, por exemplo, essa abertura às demais ciências foi especialmente importante. Ante os presentes desafios da democracia brasileira, como pode ser conformada a Justiça Eleitoral, no que toca à sua estrutura e às suas competências, para melhor contribuir no processo de

inclusão e de conscientização política da população? Ante as críticas que o sistema eleitoral brasileiro vem sofrendo, quais medidas poderiam ser adotadas para reforçar sua integridade e sua confiabilidade perante o eleitor? Essas e muitas outras questões foram expostas pela composição interdisciplinar dos grupos temáticos na segunda fase do SNE e tiveram suas respostas aprimoradas pelas visões plurais dela decorrentes.

Nesse contexto plural e aberto aos diálogos interdisciplinares, o grupo temático da Justiça Eleitoral e temas correlatos produziu, nessa segunda fase do SNE, relatórios parciais sobre as competências dessa jurisdição especializada, a cargo da Professora Doutora Elaine Harzheim Macedo; sobre as nulidades no Direito Eleitoral, também elaborado pela Professora Doutora Elaine Harzheim Macedo, em conjunto com o Professor Doutor Marcelo Weick Pogliese; sobre o processo de votação, de apuração dos resultados e totalização dos votos, um de lavra do Professor Doutor Marcelo Weick Pogliese e da Doutora Margarete Coelho, que trouxe para os debates sua vivência como parlamentar; sobre a integridades das eleições, com ênfase nas ações para igualdade, inclusão e transparência, do Professor Doutor Jorge Avelino Filho, que propôs alterações na forma de votar e a realização de uma campanha de esclarecimento em torno do sistema eletrônico de votação; sobre poder de polícia eleitoral e gerenciamento de crises, objeto de reflexões do Professor Doutor Marcelo Weick Pogliese e da Doutora Margarete Coelho; sobre a relação entre os direitos políticos e o contencioso eleitoral, com especial atenção ao tema de desinformação, de autoria do Professor Doutor Bruno Camilloto Arantes; e ainda um interessante relatório sobre a Justiça Eleitoral em perspectiva de gênero e como canal de diálogo com a sociedade, resultado das pesquisas da Professora Doutora Salete Maria da Silva, o qual indicou a necessidade de uma adequação da linguagem das normas e dos documentos da Justiça Eleitoral, de constituição paritária de seus órgãos jurisdicionais, entre outros aspectos.

Esses relatórios parciais, por outro lado, foram objeto de uma discussão mais ampla, oportunizada pela realização de um seminário sobre os achados do grupo temático, ocorrido em 7 de maio de 2021, por videoconferência. Nessa ocasião, os debates se aprimoraram pela participação de observadores externos e de participantes distintos, inclusive integrantes de outros grupos temáticos.

Depois de todas essas fases, foi possível chegar aos trabalhos finais, expressos na forma de artigos científicos, que ora são publicados e dados a conhecer aos profissionais da área, à comunidade acadêmica e à sociedade em geral.

Compõem o produto desta segunda fase dos trabalhos do grupo temático da Justiça Eleitoral e dos temas correlatos os artigos “Organização e competência da Justiça Eleitoral e nulidades da votação”, da Professora Doutora Elaine Harzheim Macedo; “Desinformação em contextos eleitorais: da definição às possibilidades de enfrentamento”, do Professor Doutor Bruno Camilloto Arantes e dos mestrandos em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Luiza Jardim e Marcus Paulo Lisboa Barbosa; e “Justiça Eleitoral e (des)igualdade de gênero: uma análise feminista do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro”, da Professora Doutora Salete Maria da Silva; além dos relatórios parciais, apresentados como

anexos, do Professor Doutor Marcelo Weick Pogliese e da Doutora Margarete Coelho, que, por seu protagonismo no grupo de trabalho da reforma eleitoral na Câmara dos Deputados, acabaram impossibilitados de transformar suas reflexões ao longo da segunda fase do projeto SNE em artigos científicos.

Esses textos, somados a todas as discussões realizadas ao longo do último ano, representam não apenas uma importante contribuição para o Direito Eleitoral brasileiro e para a Justiça Eleitoral, mas também um elemento qualificador para o regime democrático do Brasil, que passa a se beneficiar com uma aprimorada normatividade e com práticas inclusivas.

Se a primeira fase do projeto de sistematização das normas eleitorais demonstrou a natureza sistemática do Direito Eleitoral, reforçando sua coerência interna e sua cientificidade, bem como revelou uma metodologia idônea para enfrentar a necessidade de constante adaptação desse sistema, a segunda fase comprovou a eficácia dessa metodologia, produzindo propostas concretas para a efetiva reforma da normatividade eleitoral, no sentido de um reforço do regime democrático, para que espelhe, em todas as suas dimensões, a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos de que fala o preâmbulo da Constituição de 1988.

Essa foi a aspiração dos integrantes do grupo temático da Justiça Eleitoral e temas correlatos ao longo da Fase II do projeto de Sistematização das Normas Eleitorais e que ora se mostra, com a publicação de seus resultados, como uma perspectiva concreta de realização efetiva e plena do ideal democrático, numa evolução qualitativa do Direito Eleitoral como sistema normativo e do Brasil como sociedade política.