

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

ALEXANDRE DE CASTRO NOGUEIRA

**A (IN)COMPATIBILIDADE DO PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL COM OS
NOVOS PARADIGMAS DA DECISÃO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO: RECONSTRUINDO A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA NA
JURISPRUDÊNCIA ELEITORALISTA À LUZ DA INTEGRIDADE E DA
COERÊNCIA**

SÃO LEOPOLDO

2019

Alexandre de Castro Nogueira

A (In)Compatibilidade do Processo Judicial Eleitoral com os Novos Paradigmas da
Decisão Judicial no Processo Civil Brasileiro: reconstruindo a interpretação
teleológica na jurisprudência eleitoralista à luz da integridade e da
coerência

Tese apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Doutor em Direito,
pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos - UNISINOS.

Linha de Pesquisa: Hermenêutica e
Constituição

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo
2019

N778i Nogueira, Alexandre de Castro

A (In)compatibilidade do processo judicial eleitoral com os novos paradigmas da decisão judicial no processo civil brasileiro: reconstruindo a interpretação teleológica na jurisprudência eleitoralista à luz da integridade e da coerência. / Alexandre de Castro Nogueira -- 2019.

364 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2019.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

1. Hermenêutica (Direito). 2. Processo judicial eleitoral. 3. Roteiro hermenêutico. 4. Coerência e integridade. 5. Segurança jurídica. 6. Crítica - Hermenêutica (Direito). I. Título. II. Teixeira, Anderson Vichinkeski.

CDU 340.132

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “A (IN)COMPATIBILIDADE DO PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL COM OS NOVOS PARADIGMAS DA DECISÃO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: RECONSTRUINDO A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA NA JURISPRUDÊNCIA ELEITORALISTA À LUZ DA INTEGRIDADE E DA COERÊNCIA”, elaborada pelo doutorando **Alexandre de Castro Nogueira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 30 de abril de 2019.


Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dra. Eneida Desiree Salgado *Participação via Webconferência*

Membro: Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Membro: Dr. Gustavo Bohrer Paim

Para Nicole e Rafael,
expressões do amor puro em
minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Jostein Gaarder, por ter me apresentado a Filosofia através do seu Livro O Mundo de Sofia, pelos olhos da sua personagem Sofia um mundo novo iniciou a se abrir pra mim.

Aos meus filhos, por serem a expressão do Amor puro em minha vida, e a sua mãe Renata, pela dedicação aos nossos mais preciosos tesouros.

Aos meus pais, Lina e Edmilson, e a lá, Maria da Cruz, por estarem sempre do meu lado, por terem insistido em acreditar em mim, me permitirem, incentivarem e ajudarem a sonhar, presenteando a mim com suas iluminadas presenças em minha vida.

Aos meus irmãos, Cinéas e Edmilson Filho (Manyn), pela alegria dos sobrinhos e pelo companheirismo fraterno nessa jornada.

Aos meus colegas de escritório por terem me suportado nesse período e auxiliado em minhas ausências durante essa caminhada.

Aos amigos Diego e Magda, pelas conversas construtivas ao longo desse período e pela grande força nesse trabalho.

A todos os Professores e funcionários do PPG em Direito da UNISINOS, em especial a Vera e Ronaldo, pela simpatia, competência, disponibilidade e presteza.

Aos Amigos e Professores Lenio Streck e Anderson Vichinkesky Teixeira, por serem fonte de inspiração e contribuírem para me mostrar que o nosso olhar pode desvelar um mundo na nossa frente constantemente.

Ao amigo Écio Otto Ramos Duarte, que deixou precocemente nossa convivência para passar ao plano espiritual, seus incentivos a minha carreira acadêmica sempre foram um combustível nessa jornada, a você amigo minha eterna gratidão.

Aos colegas de Doutorado, pela construtiva troca de experiências e saudável convivência ao longo desses anos.

Aos colegas de caminhada espiritual, do Grupo Cajado de Luz e aos trabalhadores do Centro Espírita Irmã Clara, pela força, auxílio e companheirismo na nossa caminhada.

Enfim, muito, muitíssimo obrigado a todos que de alguma forma contribuíram para que este trabalho se tornasse uma realidade.

A vida é uma chance infinita.

...

Não é a poesia que precisa das pessoas, as pessoas é que precisam da poesia.

João Cláudio Moreno

RESUMO

A pesquisa utiliza-se do método fenomenológico-hermenêutico de Martin Heidegger e trabalha a construção de uma ferramenta interpretativa que sirva ao processo judicial eleitoral no sentido de emprestar maior segurança jurídica as decisões judiciais da Justiça Eleitoral. Reconstrói os fundamentos epistemológicos da decisão judicial, passando pelas escolas de interpretação jurídica e analisando a interpretação teleológica, a reviravolta ontológico-linguística e a Crítica Hermenêutica do Direito, assim como o novo paradigma da decisão judicial no processo civil e sua aplicabilidade na seara eleitoral. Analisa o estado da arte da decisão judicial na Justiça Eleitoral, buscando assentar a premissa de que não há um padrão interpretativo nas decisões enredadas em um viés consequencialista, a partir de decisões que fazem parte do cotidiano do STF e do TSE. Edifica a ideia de um modelo hermenêutico, denominado nesta tese de *roteiro hermenêutico*, para a Justiça Eleitoral, nos moldes propostos pela Crítica Hermenêutica do Direito, alinhado ao Estado Democrático de Direito, capaz de oferecer, também nesta seara eleitoral, uma resposta constitucionalmente adequada às questões que são submetidas à Justiça Eleitoral em processos judiciais, da seara cível eleitoral contenciosa. Parte da premissa de que alguns dispositivos da legislação eleitoral em vigor vem servindo de trava para que os novos paradigmas da ciência processual civil, trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, sejam respeitados pela jurisprudência eleitoralista e a partir disso estabelece a maneira pela qual decisões judiciais apegadas a métodos interpretativos criados ainda no Século XIX (como o da Intepretação Teleológica) vem se proliferando na Justiça Eleitoral. Propõe a superação da realidade encontrada na jurisprudência eleitoralista desenvolvendo as conexões originais entre a Teoria da Decisão Judicial, as justificativas teleológicas e o Processo Judicial Eleitoral, principalmente por criar uma proposta de Roteiro Hermenêutico compatível adequado a Teoria da Decisão Judicial, defendida por Lenio Streck, a fim de que se possa chegar a respostas alinhadas à Constituição Federal, para tanto propõe um novo olhar sobre a Intepretação Teleológica, defendendo a sua resignificação para o seu uso se dê de maneira respeitosa ao ambiente constitucional brasileiro. Estabelece o alicerce dessas ideias no entorno dos modelos hermenêuticos, sobretudo, da Hermenêutica Filosófica, que é

revisitada não apenas para problematizar, mas também para apontar novos rumos, com base na Crítica Hermenêutica do Direito. Enfrenta decisões judiciais emblemáticas dos Tribunais Superiores identificando-as como demonstrações da não recepção dos avanços da ciência processual civil e conclui que o uso do *roteiro hermenêutico* auxiliará o intérprete a dar maior densidade científica e adequação constitucional às decisões judiciais da Justiça Eleitoral.

Palavras-chaves: Processo judicial eleitoral. Roteiro hermenêutico. Coerência e integridade. Segurança jurídica. Crítica hermenêutica do direito.

ABSTRACT

The research uses the phenomenological-hermeneutic method of Martin Heidegger and built an interpretative tool that serves the electoral judicial process in order to lend greater legal security to judicial decisions of the Electoral Justice. It reconstructs the epistemological foundations of the judicial decision, passing through the schools of juridical interpretation and analyzing the teleological interpretation, the ontological-linguistic turnaround and the Critical Hermeneutics of the Law, as well as the new paradigm of the judicial decision in the civil process and its applicability in the election campaign. It analyzes the state of the art of the judicial decision in the Electoral Court, seeking to establish the premise that there is no interpretive standard in decisions entangled in a consequentialist bias, based on decisions that are part of the daily routine of the Brazilian Supreme Court and the Superior Electoral Court. It builds the idea of a hermeneutic model, called in this hermeneutic script, for the Electoral Justice, along the lines proposed by the Critical Hermeneutics of Law, in line with the Democratic State of Law, capable of offering, also in this election season, a constitutionally adequate response to issues that are submitted to the Electoral Court in judicial proceedings, of the civil litigation electoral contentious. It is based on the premise that some provisions of the current electoral legislation have served as a barrier to the new paradigms of civil procedural science, brought by the Code of Civil Procedure of 2015, to be respected by electoral jurisprudence and from this establishes the way in which decisions judicial systems attached to interpretative methods created in the 19th century (such as the Teleological Interpretation) has been proliferating in the Electoral Court. It proposes to overcome the reality found in electoral jurisprudence by developing the original connections between the Judicial Decision Theory, the teleological justifications and the Electoral Judicial Process, mainly for creating a compatible Hermeneutic Script proposal adequate to Judicial Decision Theory defended by Lenio Streck, so that one can arrive at answers aligned to the Federal Constitution, so as to propose a new look on the Teleological Interpretation, defending its re-signification for its use is given in a respectful way to the Brazilian constitutional environment. It establishes the foundation of these ideas in the surroundings of the hermeneutic models, above all of Philosophical Hermeneutics, which is revisited not only to problematize but also to point out new directions, based on the Hermeneutic Critique of Law. It faces emblematic judicial

decisions of the Superior Courts identifying them as demonstrations of non-acceptance of advances in civil procedural science and concludes that the use of the hermeneutic script will help the interpreter to give greater scientific density and constitutional adequacy to judicial decisions of the Electoral Court.

Keywords: Electoral judicial process. Hermeneutic script. Coherence and integrity. Legal security. Critical hermeneutics of law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA DECISÃO JUDICIAL	17
2.1 O Papel da Linguagem no Processo Interpretativo: a importância da Filosofia no Direito e a sua conexão com a Teoria do Direito...	19
2.2 Decisão Judicial como um Problema Filosófico: elementos preparatórios.....	32
2.3 Decisão Judicial na Teoria do Direito: o papel do Positivismo.....	56
2.3.1 O Papel das Escolas de Pensamento, Hebert Hart, Josef Raz, Scott Shapiro e Ronald Dworkin no Desenvolvimento do Positivismo	70
2.4 Crítica Hermenêutica do Direito: a construção de uma reflexão filosófica como condição de possibilidade para respostas constitucionalmente adequadas no direito.....	89
2.4.1 O Papel de Friederich Schleiermacher, Ludwig Wittgenstein, Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer no desenvolvimento da Hermenêutica Jurídica como Elo de Aproximação entre o Direito e a Filosofia.....	98
2.5 Fixando o Problema Hermenêutico Brasileiro: o realismo da justiça eleitoral e a interpretação teleológica (a finalidade da lei como problema)	109
3 O NOVO PARADIGMA DA DECISÃO JUDICIAL E A SUA ABSORÇÃO PELA LEGISLAÇÃO	131
3.1 Perspectivas Teórico-Processuais: breve abordagem sobre o problema da verdade no direito processual e sua incidência no processo judicial eleitoral (ultrapassando a ideia da verdade real como um princípio norteador do processo judicial eleitoral)	133
3.2 A Institucionalização da Discricionariedade no Processo Judicial Eleitoral Brasileiro: a desarticulação de teorias através do art. 23 da lei complementar 64 de 1990	164

3.3 Novos Paradigmas do Direito Processual Civil e a sua Aplicabilidade ao Processo Judicial Eleitoral: do necessário afastamento da aplicação do art. 23 da lei complementar 64 de 1990	175
4 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA NO PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL	198
4.1 A Base Legislativa para o Uso da Intepretação Teleológica no Processo Judicial Eleitoral e o seu Descompasso com o Código de Processo Civil de 2015: o papel do intérprete à luz da premissa da presunção da legitimidade da vontade popular depositada nas urnas	202
4.2 A ADI 1.082: um debate privilegiado sobre o papel do juiz na justiça eleitoral e a sua necessária releitura.....	227
4.3 A Necessidade de Fundamentação das Decisões Judiciais Eleitorais e a sua Desconsideração pela Jurisprudência: quatro casos e um argumento .	250
5 POR UMA HERMENÊUTICA JURÍDICO-ELEITORALISTA: PROPOSIÇÕES PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL	275
5.1 Do Necessário Reconhecimento dos Avanços da Hermenêutica para que o Processo Interpretativo não se Desvirtue	278
5.2 O Roteiro Hermenêutico para uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada	285
5.3 O Roteiro Hermenêutico e a Ausência de Método Interpretativo: seu elo com a crítica hermenêutica do direito	310
6 CONCLUSÃO	327
REFERÊNCIAS	346

1 INTRODUÇÃO

O Processo Judicial Eleitoral brasileiro é de extrema importância para o exercício gozo dos direitos políticos do cidadão, contudo, atualmente, é conformado de maneira desvinculada a princípios caríssimos ao Código de Processo Civil de 2015, de forma que a sua realidade ainda não está alinhada aos novos paradigmas da ciência processual civil.

A atual legislação processual imprescinde, primordialmente, de integridade e coerência, e o cenário atual eleitoralista é caótico quanto a isso, tendo em vista que não segue tais princípios. Vê-se que não há respeito pelo direito à fundamentação da decisão, mesmo que o art. 489, CPC, venha para fornecer um caminho direto e de fácil entendimento do que não seria uma decisão fundamentada de acordo com o que o sistema jurídico.

Outros artigos da legislação processual civil regem como deveria se dar o Processo Judicial Eleitoral, tais quais os artigos 9º, 10º e 926 do CPC, que descrevem expressamente os princípios anteriormente citados. Pode-se tomar como exemplo da afronta a esses o caso do art. 23 da Lei de Inelegibilidades. Em tal dispositivo há uma menção direta à permissão e conduta solipsista e arbitrária, vez que há a possibilidade de que sejam realizados julgamentos, por meio da livre apreciação de fatos públicos e notórios, de modo que se preserve o interesse público e a lisura eleitoral, ainda que por intermédio de presunção.

Dessa maneira, percebe-se uma evidente permissão legislativa, ao menos sob um olhar cru, para que, no Processo Judicial Eleitoral, se possa flexibilizar erroneamente direitos fundamentais, tais como o devido processo legal e direitos políticos constitucionalmente estabelecidos. Sendo assim, não mais deve ser concebida a existência impune do uso do livre convencimento, tornando-se imperioso que a figura do juiz inquisidor, em busca da verdade real, na seara eleitoralista, tão presente nos dias atuais seja reconfigurada de maneira a se coadunar com os atuais paradigmas da decisão judicial.

O presente trabalho intenta demarcar os impactos da pretensão de uma jurisprudência mais coerente e íntegra, prevista no Diploma Processual Civil de 2015, no âmbito do Processo Judicial Eleitoral, o que será explorado por meio da análise dos critérios interpretativos, utilizados em decisões judiciais pelo STF e pelo TSE (tendo como corte temporal os anos de 2014 a 2017). Ou seja: A

problematização projetada envolve a conjugação das quatro principais abordagens: de processo civil, partindo do art. 926 do CPC/2015; de Teoria do Direito, levando adiante a investigação das concepções jurídico-filosóficas que estão previstas no referido dispositivo; de Direito Eleitoral, por meio de análises de decisões judiciais expedidas neste âmbito; e de Teoria da Decisão Judicial, levando em conta a perspectiva de preocupação do dever de fundamentar as decisões, o que será desenvolvido sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, na linha descolvida nas obra de Lenio Streck.

Ao serem iniciadas as pesquisas, buscou-se compreender se a Justiça Eleitoral, em sua jurisprudência, quando faz uso de critérios teleológicos a pretexto de fundamentar decisões judiciais, adere aos novos paradigmas trazidos pelo art. 926 do CPC (coerência e integridade), aplicando a Constituição Federal e as normas jurídicas eleitorais, bem como fixando algum tipo de padrão interpretativo que seja capaz de concretizar a igualdade entre os jurisdicionados.

A hipótese configurada a partir do questionamento inicial era que a Justiça Eleitoral, quando faz uso de critérios teleológicos como fundamento de decisão judicial, institucionaliza uma interpretação pessoal do julgador, comprometendo a coerência, a integridade e a segurança jurídica de sua jurisprudência, o que entra em desacordo com o modelo de processo civil inaugurado em 2015, bem como fere a ideia de igualdade pressuposta ao Estado Democrático de Direito.

A hipótese ensaiada amparava-se no fato de a busca pela finalidade do texto, isto é, a interpretação teleológica, no julgamento de um caso, ser o caminho que abre espaço à discricionariedade judicial no processo eleitoral, pois, a partir desta metodologia interpretativa, chega-se a resultados diversos, ainda que se esteja diante de situações jurídicas similares.

Partiu-se da premissa de que o uso da interpretação teleológica como metodologia aplicativa na jurisdição causa sérias distorções na aplicação do Direito Eleitoral, particularmente no âmbito da sua aplicação pelo STF. Neste trabalho, verificar-se-á que, com o advento da Constituição Federal de 1988, esse tipo de interpretação, ou o que se visa desvendar como finalidade da lei vem servindo de justificativa para tomadas de posições pessoais dos julgadores, configurando posições cheias de discricionariedade, muitas vezes até negando o que está prescrito em dispositivo legal. Pode-se entender que tal método não responde adequadamente ao dever constitucional de fundamentação, bem como às

expectativas a partir da positivação na legislação processual civil da estabilidade, coerência e integridade.

Diante da situação pesquisada na Jurisprudência, buscou-se construir um roteiro hermenêutico compatível com a Teoria da Decisão Judicial, defendida por Lenio Streck, a fim de que se possa chegar a respostas adequadas à Constituição Federal e, portanto, promover a igualdade, nos termos defendidos por Ronald Dworkin: tratando todos os jurisdicionados com igual consideração e respeito. Esta é a estratégia para se atingir a previsibilidade das decisões judiciais pretendida pela legislação processual civil.

Neste sentido, a tese ganha peso em termos de importância/impacto social, haja vista que a preocupação com a existência de decisões judiciais coerentes e íntegras, também no Processo Judicial Eleitoral, implica na intenção de preservar a segurança jurídica. Decisões judiciais teleológicas representam ingerências na consolidação do Direito, pois institucionalizam posicionamentos judiciais em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, causando instabilidade no sistema judicial como um todo. O trabalho demonstrará que não mais cabe, dentro da hodierna realidade do ordenamento jurídico brasileiro esse tipo de situação.

É na conjuntura desenvolvida neste contexto, conjugando os elementos acima mencionados, que esta proposta ganha originalidade, por meio do desenvolvimento das conexões originais entre a Teoria da Decisão Judicial, as justificativas teleológicas e o Processo Judicial Eleitoral, principalmente por criar uma proposta de Roteiro Hermenêutico, capaz de conduzir o intérprete a respostas constitucionalmente adequadas. Além disso, o trabalho defende um novo olhar sobre a interpretação teleológica, que, no entender da pesquisa, não mais pode ser encarada como era no século XIX quando foi concebida.

A percepção de que o emprego de argumentos teleológicos pelos julgadores na Justiça eleitoral produz a instabilidade de sua jurisprudência, porque gera discricionariedade, é o elo que demonstra a incompatibilidade deste modelo de processo judicial eleitoral com as inovações do processo civil brasileiro. O esforço para traçar este perfil da jurisdição eleitoral é o desafio e, ao mesmo tempo, um dos aspectos inovadores desta tese.

Infere-se que a presente Tese se dedica a problematizar um tema que se guia pela necessidade de uma resposta constitucionalmente adequada na Justiça Eleitoral, e, conseqüentemente, a superação do uso de argumentos teleológicos,

finalísticos como critério decisório, bem como a discussão sobre a responsabilidade dos agentes públicos na tomada de decisão. A tese trata, de maneira nuclear, da não recepção da viragem ontológico-linguística no Direito, em especial no Direito Eleitoral, contrariando o que há de mais contemporâneo nesse ramo do saber (a Hermenêutica). Como se pode perceber, trata-se de uma questão centrada no entorno dos modelos hermenêuticos, sobretudo, da Hermenêutica Filosófica, que é revisitada não apenas para problematizar, mas também para apontar novos rumos, com base na Crítica Hermenêutica do Direito.

Na presente Tese, o *objetivo geral* consiste em analisar o uso de argumentos teleológicos, a pretexto de fundamento jurídico para decisões no âmbito da justiça eleitoral brasileira, problematizando, diante disso, sobre a ausência ou não de um padrão interpretativo neste ramo do Direito. Para a consecução daquele, há vários *passos específicos* a serem seguidos, tais como: - reconstruir os fundamentos epistemológicos da decisão judicial, passando pelas escolas de interpretação jurídica e analisando a interpretação teleológica, a reviravolta ontológico-linguística e a Crítica Hermenêutica do Direito, assim como o novo paradigma da decisão judicial no processo civil e sua aplicabilidade na seara eleitoral; - analisar o estado da arte da decisão judicial na Justiça Eleitoral, buscando assentar a premissa de que não há um padrão interpretativo nas decisões enredadas em um viés consequencialista, a partir do cotidiano do STF e do TSE; - projetar um modelo hermenêutico, denominado nesta tese de *roteiro hermenêutico*, para a Justiça Eleitoral, nos moldes propostos pela Crítica Hermenêutica do Direito, alinhado ao Estado Democrático de Direito, capaz de oferecer, também nesta seara eleitoral, uma resposta constitucionalmente adequada às questões que são submetidas à Justiça Eleitoral em processos judiciais, da seara cível eleitoral.

O Método de abordagem utilizado foi o fenomenológico-hermenêutico, que deve ser compreendido como a superação das metodologias tradicionais destinadas ao conhecimento. Com amparo nas obras dos Filósofos Heidegger e Gadamer, o ponto central da adoção desta metodologia consiste na ruptura com a ideia de certeza e segurança próprias do pensamento moderno. Refuta-se a recepção de fórmulas (ou procedimentos) previamente determinadas que, se seguidas corretamente, irão garantir o resultado pretendido.

Em contraposição a isso, a metodologia empregada neste trabalho implica um modo de filosofar, concebendo os caminhos metodológicos como precários e

provisórios, ou seja, elementos dos quais não se possui total apreensão e domínio. Já os métodos de procedimento utilizados foram o histórico e o estudo de casos. Quanto às técnicas de pesquisa, foram a bibliográfica, por meio de autores renomados que fundamentaram a tese; e documental, por meio da pesquisa legislativa e jurisprudencial.

Os principais autores que embasaram a pesquisa foram: Lenio Streck, Ernildo Stein, Hebert Hart, Ronald Dworkin, Wilhelm Dilthey, Friedrich Schleimacher, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Esse trabalho estrutura-se em quatro capítulos, contudo, seguindo os parâmetros da ABNT, divide-se em seis partes, quais sejam: **1** Introdução. **2** Trata do papel da linguagem no processo interpretativo, através da importância da Filosofia no Direito e a sua conexão com a Teoria do Direito, do papel das escolas de pensamento no desenvolvimento do Positivismo, da crítica hermenêutica do direito, bem como do realismo da justiça eleitoral e da interpretação teleológica, isto é, a finalidade da lei. **3** Discute o novo paradigma da decisão judicial e a sua absorção pela legislação, através de uma breve abordagem sobre o problema da verdade no direito processual e sua incidência no Processo Judicial Eleitoral, da desarticulação de teorias por meio do art. 23 da Lei de Inelegibilidades, e do estudo de novos paradigmas do Direito Processual Civil, bem como a análise da sua aplicabilidade ao Processo Judicial Eleitoral. **4** Sedimenta o conhecimento sobre direito eleitoral e interpretação teleológica, por meio da investigação do suporte legislativo à interpretação teleológica no Direito Eleitoral e a sua impossibilidade de encaixe com o Código de Processo Civil de 2015, por conta da importância da estruturação do princípio da presunção da legitimidade da vontade popular depositada nas urnas, assim como do estudo da adi 1.082 e da necessária fundamentação das decisões judiciais eleitorais. **5** Intenta aprofundar os estudos sobre uma nova hermenêutica para a justiça eleitoral, por meio da adoção de uma Teoria da Decisão Judicial, por intermédio de um Roteiro Hermenêutico. Os passos para melhor delinear as pesquisas deste capítulo são reconhecer os avanços da hermenêutica para que o processo interpretativo não se desvirtue; utilizar o roteiro hermenêutico para a consecução de uma decisão judicial constitucionalmente adequada, estabelecendo elo entre Roteiro Hermenêutico, ausência de método interpretativo nas Ciências Humanas e crítica hermenêutica do Direito. **6** Conclusão. Por fim, as Referências que subsidiaram a construção do presente estudo.

2 FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA DECISÃO JUDICIAL

O estudo direcionado às decisões judiciais, como o que se propõe neste trabalho, tem os olhos apontados para as que se dão no âmbito da Justiça Eleitoral, onde há, mais adiante se verá isso, peculiaridades incentivadas por dispositivos legais que ora não se enquadram (nunca se enquadraram, nem do ponto de vista programático, muito menos sob o prisma pragmático), desde a sua origem, com a Constituição Federal, ora com a legislação processual civil, que claramente foi modificada com o intuito de ser “mais constitucional”, de atender às premissas básicas que devem permear o processo enquanto instituição.

O que implica ser necessário compreender como e quais sujeitos atuam no processo de resolução de conflitos via jurisdição, especialmente considerando a seara eleitoral, que é uma área do Direito em que há uma abertura diferenciada para o julgador decidir, conforme sua consciência e disforme à Lei (algo previsto na legislação eleitoral, vide os arts. 7º e 23 da Lei Complementar 64/90 que serão explorados no decorrer deste capítulo).

Como será visto, esta Tese parte do pressuposto de que a hermenêutica contemporânea e, em especial, o quadro da hermenêutica adequada ao ambiente democrático e constitucional, vivido hoje no Brasil, não acertam(ram) ao buscar a aplicação do texto normativo por meio de métodos (procedimentos); no caso das inadequações dos dispositivos da legislação eleitoral que permitem decisões judiciais que atentam à ideia de Democracia *intra* processo, isso se perfaz como uma antítese performativa, levando em conta as razões que fundamentam o próprio processo em si, enquanto instituição.

Caso se adote a premissa (que acreditamos ser a mais adequada) em que seria necessário considerar a interpretação como mediação de sentido que ocorre entre o sujeito, que conhece, e o objeto, que é conhecido, isto é, um processo apartado da construção intersubjetiva para o direito, veremos que, dentro do Processo Judicial Eleitoral, deve haver, de maneira mais forte, a ideia de que os primados democráticos se estabelecem como pilares do Processo Judicial em que um dos objetivos principais é aferir a legitimidade de mandatos eletivos conquistados através do voto popular; a partir disso não há como se negar que as decisões judiciais dos processos judiciais eleitorais trazem problemas que podem ser

considerados mais graves, quando se toma por base sua destinação e as bases nas quais essas situações tentam um grau mínimo de sustentação.

Não há como tratar dessas situações sem encarar de frente os fatores capazes de deformar, sob o ponto de vista do contexto constitucional que existe no Brasil, as decisões judiciais. Nesse sentido, observa-se que grande parte dos problemas ocasionados dentro das decisões judiciais, no Brasil, advém de erros básicos, no que tange à importação e aplicação de escolas analíticas, fontes de doutrina e ciência (onde nasceram), na formação de uma teoria da decisão, de forma que é possível perceber que há um elo entre Teoria do Direito e o que pode ser compreendido como Teoria da Decisão Judicial, pois, do contrário, o Direito enquanto ciência não poderia ser considerado um limite ao agir judicial, que ficaria ao alvedrio de um mero juízo de vontade, ao exercício da ideia pessoal de justiça do responsável pela decisão o que geraria uma insegurança aos partícipes do Processo Judicial.

Salienta-se ainda, entretanto, que existem pesquisadores labutando diuturnamente para que a hermenêutica dos tempos em que vivemos não seja subutilizada e considerada pela atividade jurisdicional como uma condição necessária não só para uma interpretação adequada, mas para a realização da Justiça enquanto finalidade do Poder Judiciário.

Nota-se que essa preocupação hermenêutica não é uma tônica dos atores principais que participam da construção da decisão judicial dos processos judiciais da Justiça Eleitoral, e aqui não se fala só dos Magistrados, mas também dos membros do Ministério Público Eleitoral e da Advocacia eleitoralista, é algo alarmante, pois demonstra uma despreocupação com um compromisso científico de todos aqueles que têm no seu cotidiano a lida com o Direito. De maneira geral, essa ausência, no caso da Justiça Eleitoral, no nosso entendimento, ganha contornos maiores porque é o lugar destinado a apreciar os acontecimentos que podem incidir sobre a festa democrática de maneira a alterar seus resultados.

Distorções nesse campo representam mais do que deformidades jurídicas, podem expor rachaduras estruturais no sistema democrático que existe no Brasil, no Estado Democrático de Direito que aqui se tentou construir e tem por base a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, como encaixar tal entendimento sobre a interpretação no mundo jurídico, de uma maneira que se dê a ela uma conformação contemporânea,

principalmente do ponto de vista constitucional, em uma área do Direito, que é a do Direito Eleitoral, em que há abertura legislativa até para julgamento por presunções?¹ Sendo mais claro: – Como construir o elo entre Direito e Filosofia nas reflexões sobre Processo Judicial Eleitoral? Como desenvolver um argumento de “Filosofia no Direito”² nesse contexto?

Aqui se percebe como questões de Filosofia podem e devem ser imprescindíveis ao Direito. Este trabalho visa expor a necessidade de trazer essa discussão para a seara Eleitoral, visando demonstrar que, por esse caminho, podemos construir alternativas que auxiliarão na correção dos rumos que as decisões judiciais no processo eleitoral vêm tomando a partir das bases aqui já informadas. Nos últimos anos, acentuou-se, no Brasil, certa variedade de perspectivas, que buscam, cada qual a seu modo, tratar de maneira filosoficamente adequada as questões acerca da dogmática e da interpretação jurídica e do conceito de Direito.

2.1 O Papel da Linguagem no Processo Interpretativo: a importância da Filosofia no Direito e a sua conexão com a Teoria do Direito

Não obstante esse esforço – fruto, na maior parte das vezes, de discussões trazidas de outros países – para muitos (estudantes, advogados, juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos etc.) não parece ser evidente a importância das chamadas *disciplinas propedêuticas*, geralmente estudadas no início do curso de Direito nas Faculdades Brasil afora, pelo contrário, via de regra há uma

¹ Lei complementar 64 de 1990: Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

² Filosofia no Direito é uma expressão cunhada por Streck para demonstrar que o fenômeno jurídico é atravessado por paradigmas filosóficos. Assim, quando este autor constrói sua Crítica Hermenêutica do Direito, amparada em pressupostos da Filosofia (em especial, Heidegger e Gadamer), está problematizando temas jurídicos a partir de certo *standard* de racionalidade (filosófico); a Filosofia vira fundamento. (STRECK, 2013, p. 60; 208, nota de rodapé 311). Não se trata, portanto, de uso “ornamental” ou “de orientação” da Filosofia, seguindo a distinção proposta por Ernildo Stein sobre o modo como a Filosofia dialoga com as demais ciências. (STEIN, 2004, p. 135-157).

resistência a estas, porém, é nesse momento que o aluno pode ter contato e se ambientar com o fato de que não existe Direito sem Filosofia, mas pode haver Filosofia sem Direito, o que torna imprescindível o conhecimento a respeito do papel da Filosofia Contemporânea no contexto constitucional em que o Direito se encontra, não só no Brasil, mas na maior parte do mundo civilizado.

E essa ausência, frisa-se, é alimentada pelo modelo tradicional de ensino jurídico existente no Brasil e pela baixa densidade teórica da qual os manuais utilizados na faculdade se valem. Insiste-se em conceber uma cisão entre “teoria e prática”,³ de modo que se acaba perdendo a dimensão prática da teoria.⁴

Assim, embora o senso comum acima descrito conceba as reflexões teóricas sem a devida relevância, é importante mostrar como a Filosofia é importante no Direito, e principalmente para as ideias que servem de base para a confecção das decisões judiciais; ou seja, trata-se de como as discussões teóricas não são situações desnecessárias e despidas de uma dimensão prática. Sobre o tema, Torrano (2015, p. 15) ensina:

[...] propugnar pela ‘natureza do direito’ X ou Y gera implicações diretas na condução da vida das pessoas, nos deveres diários dos oficiais do sistema, nas atribuições interpretativas dos juízes em casos corriqueiros ou no controle de constitucionalidade das leis, e, por conseguinte, na qualidade da resolução jurídica dos conflitos sociais.

³ A separação entre a Teoria e a prática no ensino jurídico foi alvo de críticas de Lenio Streck, ao destacar um relatório do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), de 1986, que chamava a atenção para o seguinte fato: “as faculdades de Direito funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e não propriamente como centros de produção do conhecimento científico. A pesquisa nas faculdades de Direito está condicionada a reproduzir a ‘sabedoria’ codificada e a conviver ‘respeitosamente’ com as instituições que aplicam (e interpretam) o Direito positivo. O professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos. Esta razão, somada ao despreparo metodológico dos docentes (o conhecimento jurídico tradicional é um conhecimento dogmático, e suas referências de verdade são ideológicas, e não metodológicas), explica por que a pesquisa jurídica nas faculdades de Direito, na Graduação e Pós-Graduação, é exclusivamente bibliográfica, como exclusivamente bibliográfica e legalista é a jurisprudência de nossos próprios tribunais. Os juízes mais citam a doutrina consagrada que a sua própria jurisprudência [...]. E os professores falam mais de sua prática forense do que em doutrinas e da jurisprudência dos tribunais. O casuísmo didático é a regra do expediente das salas de aula dos cursos de Direito, e o pragmatismo positivista, o carimbo do cotidiano das decisões [...]”. (STRECK, 2014a, p. 61-62).

⁴ Importante, para a compreensão da dimensão prática do Direito a lição de Dimoulis (2011, p. 220): “Não é possível compreender e aplicar normas jurídicas sem possuir uma base de teoria do direito, por mais rudimentar, instável ou questionável que esta seja. Da mesma maneira, não se pode identificar a norma aplicável, nem encontrar soluções para os conflitos entre normas ou para o preenchimento de lacunas sem ter um posicionamento teórico sobre as formas de interpretação do direito”.

Assim, como ponto de partida para o enfrentamento pretendido nesta primeira parte da tese, reconhece-se, de pronto, nesse contexto filosófico, o papel da linguagem nos *processos interpretativos*. Desconsiderar a posição que ela desempenha, principalmente quando a discussão se dá na Justiça que viabiliza o exercício pelo povo do seu poder constitucionalmente garantido⁵ seria não reconhecer a sua importância para a conformação de um Processo Judicial que seja respeitador dos primados democráticos.

Diante disso, visualiza-se a importância de o estudo da decisão judicial na seara eleitoral pautar-se, também, na Filosofia contemporânea, vez que não há como negar sua relação com o texto normativo, que cumpre um papel significativo, sendo responsável por um *atravessamento paradigmático*, que implica no reconhecimento de que há uma conexão entre a reflexão filosófica e o modo de compreender a fundamentação das decisões judiciais, fato relevante bem destacado, de maneira original, nas obras de Lenio Streck, que são basilares neste trabalho. Aqui se optou pelo estudo da Filosofia contemporânea, analisando-se a discussão entre os analíticos e os continentais.⁶

⁵ “A Justiça Eleitoral é a instituição brasileira viabilizadora, mediante eleições, do exercício, pelo povo, de seu poder. Cuida, portanto, do processo eleitoral. Isso significa que se ocupa do conjunto das ações humanas necessárias para a concretização do exercício do poder político”. (MINAMI, 2012, p. 28). Embora parte da doutrina tenha esse entendimento é possível se verificar que a mesma Justiça se ocupa da concretização do exercício dos Direitos Políticos, mas nesse mister extrapola em fazer valer as suas possibilidades regulamentadoras muitas vezes agindo como legislador sob o pretexto de regulamentar situações concernentes as eleições, pois trata desde os procedimentos administrativos para os cidadãos se colocarem na condição de aptos a votarem até a resolução das contendas judiciais que podem retirar mandatos eletivos conquistados pelo voto, mas, para deixar claro, mesmo com um nível de questionamento aquém do razoável na doutrina, entende-se que a mesma Justiça que tem como missão trabalhar para o equilíbrio do jogo democrático ao ir além dos seus limites de regulamentação atua contra a própria Democracia, esse tipo de agir deve ser rechaçado veementemente. Nesse sentido a doutrina vem se expressando: “[...] o Tribunal Superior Eleitoral, através de suas Resoluções, a pretexto de interpretar os textos legais e a própria Constituição Federal, vem criando direito novo e exercendo, com essa atuação, papel tipicamente legislativo, posto que extrapola a interpretação”. (LIMA, 2011, p. 36).

⁶ Na obra de Pecoraro (2013), encontra-se a afirmação de que a origem dessa diferenciação entre analíticos e continentais vem, mais ou menos, de meados dos Anos 50 do século passado. Em 1958, ocorreu o Colóquio de Royalmont sobre Filosofia Analítica. Nele houve a primeira tentativa oficial de aproximar os grandes nomes do continente aos expoentes das escolas inglesas e norteamericana. A intenção era colocar esses dois movimentos tão diferenciados entre si em contato. A obra *Analíticos ou Continentais* do mesmo Autor elenca os principais nomes da Filosofia Analítica contemporânea, quais sejam, Willard V. O. Quine (p. 20), Michael Dummet (p. 21), Donald Davidson (p. 22), Hilary Putnam (p. 23), Peter F. Strawson (p. 24), Richard Rorty (p. 24), Thomas Kuhn (p. 25), Richard Bernstein (p. 26), John Rawls (p. 27), entre outros. Continuando com Pecoraro (2013, p. 33), percebe-se que, partindo da tradição alemã, que percorre desde “Friedrich Scheleimacher e chega até Heidegger, passando por wilheim Dilthey. Hursel, Hegel e Nietzsche, Hans George Gadamer é o fundador da ontologia Hermenêutica”.

Para tanto é interessante se colocar como o termo Hermenêutica vem sendo absorvido nos tempos atuais, isso de uma maneira mais geral, pois a sua imbricação com o estudo da Filosofia aqui referido é incontestável, conforme ensina Barberis (2000, p. 87):

I termine 'ermeneutica' viene oggi usato in più sensi: in un primo senso, esso è un semplice sinonimo di 'interpretazione'; in un secondo senso, indica ogni dottrina filosofica o giusfilosofica che attribuisca un rilievo centrale al problema dell'interpretazione; in un terzo senso, designa l'antica tradizione dell'interpretazione dei testi sacri (religiosi, ma anche giuridici); in un quarto senso, denomina una corrente filosofica del Novecento, fondata da Hans Georg Gadamer in un quinto senso, denota l'idea che – contrariamente a quanto preteso dal monismo metodologico dei positivisti – le scienze umane differiscano dalle scienze naturali perché non si limitano a spiegare fatti o comportamenti, ma mirano a comprendere il significato attribuito loro dagli agenti; in un sesto senso (o in una specificazione del quinto), rinvia all'idea che la conoscenza del diritto debba adottare un punto di vista ermeneutico (in inglese 'hermeneutic point of view'), ulteriore ai punti di vista esterno ed interno individuati da Hart.⁷

Então, fica claro que, no que tange à Filosofia no Direito, a Hermenêutica Jurídica ganha contornos a partir do quarto sentido (*quarto senso*) que o texto acima emprega, como aplicação ao Direito de uma Filosofia determinada e geral, na forma conceituada por Gadamer, ideia que se formou a partir de duas importantíssimas correntes filosóficas dos anos iniciais do século XX, que vem da divisão, aqui já citada, a partir da discussão entre analíticos e continentais.

Destaque-se, no entanto, que a Filosofia Jurídica e a Filosofia Analítica do Direito não se reduzem à aplicação de uma Filosofia Geral do Direito, pois ela traz novos elementos limitadores do horizonte interpretativo, destacando-se a linguagem,

⁷ Trazendo os ensinamentos de Barberis para o Português, o mesmo coloca que: O termo "hermenêutica" é usado hoje de várias maneiras: em um primeiro sentido, é um sinônimo simples de "interpretação"; num segundo sentido, indica toda doutrina filosófica ou filosófica que atribui uma importância central ao problema da interpretação; em um terceiro sentido, designa a tradição antiga da interpretação de textos sagrados (religiosos, mas também jurídicos); num quarto sentido, chama uma corrente filosófica do século XX, fundada por Hans Georg Gadamer num quinto sentido, denota a ideia de que - contrariamente ao que é reivindicado pelo monismo metodológico dos positivistas - as ciências humanas diferem das ciências naturais porque não se limitam a elas, explicar fatos ou comportamento, mas procurar entender o significado dado a eles pelos agentes; num sexto sentido (ou numa especificação do quinto), refere-se à ideia de que o conhecimento do Direito deveria adotar um ponto de vista hermenêutico, além dos pontos de vista externos e internos identificados por Hart.

que, no contexto da Filosofia analítica introduz uma verdadeira reviravolta linguística,⁸ ou *linguistic turn*.

Dentro desse contexto, então, não há como, frisa-se, deixar-se de reconhecer o lugar de destaque que a linguagem ocupa nesse meio. Necessário, pois, conforme Wittgenstein (1999), colocar-se, então, sua importância também na história do pensamento filosófico, dando ênfase, segundo a obra do referido filósofo, à sua dimensão de uso.

Entretanto, o pensamento de Wittgenstein nem sempre caminhou nessa direção. Ao se estudar sua obra, algo imprescindível para a compreensão da posição da linguagem no processo interpretativo também da seara eleitoral, é possível observar duas fases distintas. Cuter (2003) compartilha essa mesma ideia, ao debruçar-se sobre os diversos sentidos de linguagem de acordo com *cada* Wittgenstein.

É preciso deixar claro, antes de tudo, que o interesse pelo papel da linguagem na Filosofia não é inaugurado por Wittgenstein (ou por demais pensadores que dela se serviram para avançar em outros campos filosóficos, como a ética ou mesmo a lógica, por exemplo), mas já podia ser verificado no que se entende como período clássico da Filosofia.

No livro *Crátilo* (2001), Platão, após árdua reflexão, chegou à conclusão de que as palavras não podiam expressar o que realmente era uma determinada coisa. Considerava a linguagem algo submisso e subserviente ao mundo. Assim, sob esta perspectiva, para se conhecer o significado de determinada palavra, era necessário conhecer o objeto ou sujeito por ela designado. A palavra era, portanto, dependente de sua representação no mundo fático para que fosse decretada sua realidade.

No mesmo livro há uma discussão sobre as duas teorias principais que buscam, de maneiras distintas, definir a relação entre o nome e o objeto: a teoria convencionalista e a teoria da semelhança (o naturalismo). A primeira concorda que o único modo de se prover significado a uma palavra é através de convenção e de acordo. Já a segunda defende que há uma coincidência entre a palavra e o objeto, através da reprodução correta da coisa pela palavra.

⁸ Na doutrina alienígena, encontraremos alguns termos que se referem ao giro ontológico linguístico, que, em Inglês, se compreende como *linguistic turn*, valendo destacar a doutrina Italiana, que se refere à questão como *svolta linguística*, classificando-a como um aspecto característico da filosofia analítica do Direito e da Hermeneutica Jurídica, a exemplo de Cremaschi (1997, p. 45): “Un altro aspetto caratterizzante la filosofia analitica del diritto e quella ermeneutica del diritto è dato dalla cosiddetta ‘svolta linguistica’.

Wittgenstein (1999) afirmava que não se pode compreender a linguagem sem se observar a situação completa e complexa em que ela está inserida (o contexto de uso, diria o filósofo). Como se poder notar, o problema filosófico que subjaz à fundamentação da decisão judicial diz respeito ao modo como o homem compreende sua relação com o mundo.

O homem, desde os primórdios de sua existência, encontra-se situado em um mundo determinado, finito e que necessita de interpretação (daí a noção heideggeriana de interpretação como existencial). Quando entende o seu ser, o homem reflete e conhece suas possibilidades e suas condições no mundo, para si e para outrem.

Em Heidegger, o modo de ser do *estar-aí* (STEIN, 2008) – *eis-aí-ser* (OLIVEIRA, 2006) ou do ser em si mesmo – é o ser diante de si mesmo, conforme anota Oliveira (2006) e Stein (2008). Streck vai na mesma direção, informando que “Homem (*ser-aí*) e ser estão unidos por um vínculo indissociável. Isso porque, em tudo aquilo com que se relaciona, o homem já compreendeu o ser, ainda que ele não se dê conta disso”. (STRECK, 2014a, p. 213).

Em outras palavras, compreender o ser de algo faz parte da estrutura existencial do ser humano; é como o ser humano se move no mundo: dando significado (atribuindo sentido) às coisas, o que não é um movimento solitário, mas que ocorre num horizonte de sentidos compartilhado (por isso que se fala na relação sujeito-sujeito; e não mais sujeito-objeto).

Tudo o que foi mencionado até aqui serve de impulso para demonstrar a relação entre a Filosofia e a sua necessária conexão com a Teoria do Direito, demonstrando que as decisões judiciais têm, por obrigação científica e de adequação Constitucional, que respeitar, adequar-se e reconhecer como central essa relação.

Essa compreensão sobre esse tema é imperiosa para que se adentre pelo estudo da decisão judicial, encarando-a como um problema filosófico ou percebendo os problemas filosóficos inerentes ao processo decisório que culmina em uma decisão judicial, de maneira que essa abordagem é a que se pretende colocar na sequência deste trabalho, aprofundando ainda mais as conexões existentes entre a Filosofia, a Teoria do Direito, uma Teoria da Decisão Judicial, o Direito Eleitoral e o Processo Judicial Eleitoral.

Faz-se imperioso, pois, entender que, avançar no estudo dos problemas das decisões judiciais da seara eleitoral sem que os problemas de ordem filosófica, que essa discussão atrai, sejam reconhecidos, seria como se falar de uma cabeça esquecendo-se do corpo.

A partir disso, se faz necessário reconhecer que a decisão judicial pode e deve ser observada por duas diferentes vertentes, conforme explica a doutrina: “a primeira, em sentido *estrito*, como a decisão que termina o Processo Judicial; e a segunda em sentido *lato*, aplicada a um conjunto de relevantes escolhas tomadas durante o processo, mas que não tem como função encerrá-lo”. (NOJIRI, 2017). Assevera-se que o significado a ser mais utilizado no presente trabalho é o estrito.

No seu Dicionário de Hermenêutica, Lenio Streck ensina que, diferentemente da tradição de cindir os momentos interpretativos em “*Subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi* (primeiro conheço, depois interpreto e só depois aplico), Gadamer trouxe a ideia de *Sinngebung* - atribuir sentido”. (STRECK, 2017a, p. 21). Depreende-se, dessa forma, que há estreita relação da *applicatio* com a pré-compreensão, posto que existe sempre certo pré-sentido, o texto não é completamente limpo, tampouco possui um sentido fechado e perfeito. (STRECK, 2017a).

Dessa maneira, ao nos depararmos com decisões que colocam em seu conteúdo entendimentos que expõem a opinião pessoal de um intérprete, valendo-se ele de uma abertura legislativa existente na seara eleitoral, podemos perceber que existe algo de muito errado nesse ramo que precisa ser enfrentado.

Barberis (2000, p. 89) diferencia a compreensão e a pré-compreensão, explicitando que uma é oriunda da outra e se fundamentam nos pré-conceitos e pré-juízos dos intérpretes:

Analizzando più ampiamente tali nozioni, diciamo che per ‘precomprensione’ (tedesco Vorverständnis) si intende la tesi secondo la quale la comprensione di oggetti culturali in genere e l’interpretazione di testi giuridici in specie, sarebbe orientata da una sorta di rappresentazione anticipata del risultato, determinata dalla appartenenza dell’interprete ad un determinato contesto vitale e discorsivo.

La comprensione, in altri termini, nascerebbe da una pre-comprensione, fondata sui pre-concetti e i pre-giudizi dell’interprete, che questi progressivamente supererebbe per accedere a una precomprensione più articolata: tesi che, applicata, all’interpretazione

giuridica, ha almeno il pregio di caratterizzarla, non come una sorta di flash intellettuale, ma come un processo articolato in più fasi.⁹

O fenômeno da pré-compreensão é uma chave importantíssima para a atividade do intérprete no contexto da hermenêutica, na linha do que fora dito acima, se trata do “conjunto de experiências de um intérprete e do contexto social em que ele se insere” (PEREIRA, 2018, p. 71), pois não há como se levar a cabo uma tarefa que evolva interpretar por meio de uma pessoa completamente despida de preconceitos. Todas as pessoas introjetam valores, crenças e suas vivências pessoais e isso pode afetá-las no ato interpretativo.

Gadamer sempre chama a atenção para a questão da circularidade que leva à compreensão; ele reabilita a função do preconceito como elemento essencial do compreender. Não se trata aqui do preconceito negativo, que seria mais parecido com uma intrinsecação contrária a uma ideia; nem de preconceitos no sentido do condicionamento ineliminável e da passividade que podem minar todo entendimento razoável a respeito de uma situação.

Ao afirmar a função positiva do preconceito, Gadamer pretende antes destacar o fato aparentemente paradoxal de que o preconceito, que a princípio parece uma "inconveniência inevitável" do compreender, é de fato a própria condição para a geração de compreensão, que, na verdade, só pode nascer dentro de um contexto de opinião preconcebida, com base no caráter preventivo e perspectivo que forma seu horizonte de ideias. O preconceito, desacreditado pelo Iluminismo em nome da razão, é, portanto, reabilitado em sua função positiva como um elemento que constitui o condicionamento de cada compreensão como um entendimento finito.

Esse preconceito é um componente indispensável para a formação da "Pré-compreensão" (Vorverstehen), que é o conjunto de todas as condições necessárias à compreensão. De fato, como Gadamer acredita que a subjetividade humana nada

⁹ Barberis (2000, p. 89), neste ensinamento, coloca que ao analisar essas noções mais amplamente, é possível dizer que por "pré-compreensão" (do alemão Vorverständnis) entendemos a tese segundo a qual a compreensão de objetos culturais em geral e a interpretação de textos legais em particular seriam orientados por uma espécie de representação antecipada do resultado, determinado pelo sentimento de pertencimento do do intérprete a um dado contexto vital e discursivo. A compreensão, em outras palavras, surgiria de uma pré-compreensão, baseado nos pré-conceitos e pré-julgamentos do intérprete, que estes progressivamente superariam para acessar uma pré-compreensão mais articulada: uma tese que, aplicada à interpretação jurídica, pelo menos o mérito de caracterizá-lo, não como uma espécie de lampejo intelectual, mas como um processo de múltiplos estágios.

mais é do que um "espelho distorcido", e que a autorreflexão do indivíduo não representa um "salto no círculo fechado do fluxo da história", conclui que "os preconceitos de os indivíduos são constitutivos de sua realidade histórica muito mais do que seus julgamentos são". (GADAMER, 1960, p. 280-281).

Esse entendimento se extrai da obra de Volpi (1998, p. 371):

Nell'attirare l'attenzione sulla circolarità del comprendere Gadamer riabilita la funzione svolta dal pregiudizio quale elemento imprescindibile del comprendere. Non si tratta ovviamente del pregiudizio negativo che nell'ermeneutica tradizionale veniva definito come *praejudicium precipitantiae*; né del pregiudizio nel senso dell'ineliminabile condizionatezza e passività che può inficiare ogni comprendere. Rivendicando la funzione positiva del pregiudizio, Gadamer intende piuttosto mettere in evidenza il fatto apparentemente paradossale che il pregiudizio, il quale a tutta prima appare come un «inconveniente inevitabile» del comprendere, è in realtà la condizione stessa per il generarsi del comprendere, il quale in effetti può nascere solo entro un contesto opinativo preconstituito, dal carattere pretematico e prospettico, che ne forma l'orizzonte. Il pregiudizio, discredito dall'illuminismo in nome della ragione, viene dunque riabilitato nella sua funzione positiva di elemento costituente la condizionatezza di ogni comprendere in quanto comprendere finito. Esso è una componente indispensabile al formarsi della «pre-comprensione» (*Vorverstehen*), ossia dell'insieme di tutte le condizioni indispensabili affinché si dia la comprensione. Anzi, poiché Gadamer ritiene che la soggettività umana altro non sia che uno «specchio deformante», e che l'autoriflessione dell'individuo non rappresenti che un «guizzo nel circolo chiuso del fluire della storia», ne conclude che «i pregiudizi dell'individuo sono costitutivi della sua realtà storica molto più di quanto non lo siano i suoi giudizi».¹⁰

Nesse contexto, a linguagem se torna o elemento principal de validação e justificação da compreensão,¹¹ o que remete a um problema filosófico, trazendo isso

¹⁰ Volpi (1998, p. 371) entende que Gadamer reabilita o papel desempenhado pelo preconceito (que não seria aquele entendido no sentido tradicional do termo) como elemento essencial para a compreensão. O autor alega a função positiva do preconceito, Gadamer pretende antes destacar o fato aparentemente paradoxal de que o preconceito, que a princípio parece uma "inconveniência inevitável" do entendimento, é na verdade a própria condição para a geração de compreensão, que na verdade, só pode nascer dentro de um contexto pré-constituído de opinião, com um caráter prospectivo, que forma seu horizonte. O preconceito, desacreditado pelo iluminismo em nome da razão, é, portanto, reabilitado em sua função positiva como um elemento constituinte da condição de todo entendimento como compreensão finita. É um componente indispensável para a formação da "pré-compreensão" (*Vorverstehen*), ou seja, do conjunto de todas as condições indispensáveis para a compreensão. De fato, para Volpi, já que Gadamer acredita que a subjetividade humana nada mais é do que um "espelho distorcido" e que a autorreflexão do indivíduo não representa que "um piscar de olhos no círculo fechado do fluxo da história" e conclui que "os preconceitos do indivíduo são partes constitutivas de sua realidade histórica muito mais do que seus julgamentos o são.

¹¹ O papel da linguagem, nesse contexto, transcende ao de elo que propicia a comunicação e o conhecimento, emprega validade a um texto, além de ser o elemento justificador, transformando-se em um novo paradigma da Filosofia, como bem explica APEL (2006, p. 18): "Il linguaggio si

para o âmbito jurídico, pegue-se como exemplificação um caso do Tribunal Federal de Justiça da Alemanha. Eis que um indivíduo adentra por uma loja e, para subtrair o dinheiro de uma empregada (ação executada com sucesso), atira-lhe ácido clorídrico na face. Em sendo assim, o dito ácido pode ser considerado uma arma? Atendo-se ao fato de maneira isolada e a partir de uma concepção descontextualizada do caso concreto, é possível que se chegue à conclusão de que tal ácido não é arma, mas um composto químico que cumpre sua função dentro de um determinado espectro. É por isso que Kaufman (2002, p. 190-191) afirma:

Só se será confrontado com esta questão, se se pré-compreender, o acontecimento como um possível caso de roubo qualificado. Se se pré-compreender o caso diferentemente, por ventura como caso de homicídio, não importa saber se o ácido clorídrico é uma arma. Vemos que sem pré-compreensões razoáveis nunca se chega aos problemas jurídicos relevantes. Também é fácil de se identificar aqui, o círculo do processo de compreensão: só quando eu sei o que é roubo qualificado, posso entender o caso concreto como um caso de roubo qualificado.

Clara fica, então, a importância do papel da pré-compreensão, como ela deve atuar e inserir-se no cíclico processo interpretativo, levando sempre em conta o contexto do acontecimento em que a interpretação normativa será aplicada; isso também ocorre na seara eleitoral, onde as normas descontextualizadas podem levar a entendimentos equivocados.

A partir do momento em que se entende o cerne da importância da pré-compreensão no processo decisório, e a circularidade presente no caminho, tem-se melhor ideia do que defende Gadamer, pois ele “reconstrói o conceito de preconceito, outorgando-lhe um caráter essencial dentro da sua teoria hermenêutica”. (LOPES, 2000, p. 106).

É neste contexto que a *Applicatio* gadameriana pode ser entendida como um anteparo para o entendimento de uma lei a partir do enfrentamento concreto de um caso. Trata-se do reconhecimento de que o intérprete, como todo ser humano,

eleva ad *a priori* della conoscenza e della comunicazione, della validità e della giustificazione. Detto nel senso della pragmatologia trascendentale: il nuovo paradigma della filosofia non consiste nel comprendere isolato (nell'ego cogito), ma nella validità intersoggettiva del comprendere, nel comprendere qualcosa enquanto qualcosa e nell'intendersi intersoggettivamente su qualcosa”.

possui *seu background*,¹² ou seja, não pratica sua atividade completamente despidido de ideias e (pré)conceitos.

Via de regra, uma lei vigente, eficaz e válida deve ser aplicada. Contudo, em determinadas situações, segundo Streck, essa generalidade pode não ser atendida, sendo elas quando: a) a lei for inconstitucional; b) for caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) for caso de interpretação conforme a Constituição; d) for caso de nulidade parcial sem redução de texto; e) houver inconstitucionalidade com redução de texto e f) houver afastamento de uma regra em face de um princípio, a não ser quando se fala em pamprincipiologismo. (STRECK, 2017a, p. 149-152).

Essas são as seis hipóteses, propostas por Streck, que ensejam o afastamento da aplicação de uma lei, seja em que seara for; no Processo Judicial

¹² Esse termo deve ser entendido à luz da filosofia hermenêutica heideggeriana e da hermenêutica filosófica gadameriana: como a existência de um compartilhamento intersubjetivo de sentido prévio; um sentido que se antecipa como parte da estrutura (da condição) humana. Sendo relevante o papel de Heidegger, nesse contexto, pelo fato de ter dado relevância a ideia de circularidade na atividade interpretativa, colocando isso na sua teoria sobre a natureza ôntica da compreensão, dando destaque a interpretação como o desenvolvimento das possibilidades, ou das condições de possibilidade que o enfrentamento proporciona, vez que não existe interpretação sem preconceitos. Gadamer dá aos preconceitos um papel essencial nesse contexto em que se desenvolve a sua Teoria Hermenêutica, ladeando a carga negativa que um juízo de impulso pode conferir ao processo de aplicação de um texto normativo, pois a realidade histórica do ser intérprete tem que dialogar com a historicidade do texto, não podendo haver sobreposição de um sobre o outro. A historicidade a ser destacada deve ser a de toda compreensão do contexto da aplicação do texto norma, pois a partir disso o intérprete perderá os preconceitos válidos para o deslinde do processo de aplicação da norma, pois somente a confrontação da história do texto com a tradição carregada pelo intérprete poderá retirar o preconceito que interfere negativamente na aplicação do texto norma. Dessa forma, é possível se ter um acesso objetivo ao texto, de forma que esse pano de fundo, constituído pela pré-compreensão, constituída por preconceitos, se torna a condição para a compressão de um texto. De maneira tal que, sempre que um texto for compreendido, a sua pré-compreensão poderá se modificar. Cada leitura do texto será uma nova experiência, não existindo uma pré-compreensão original de um texto que não pode ser violada, com uma aplicação de sentido único. A situação do intérprete e sua história dão sentido a aplicação. Faz o suporte a aplicação. Isso porque o texto não tem vida própria, ele não diz aonde vai, o intérprete sim, ele é quem dá vida e sentido ao texto. Sendo imperioso aos produtores saberem incorporar o fato de que a circularidade existente entre a tradição do intérprete e a do texto não implica a reconstrução do passado. Em verdade, “uma compreensão, por mais controlada que seja, não consegue simplesmente ultrapassar os vínculos da tradição do intérprete”. (HABERMAS, 1987, p. 7.). Por isso a Teoria Hermenêutica de Gadamer ganha muita importância nesse contexto, pois demonstra que toda interpretação é a compreensão atual do passado. O intérprete deve trabalhar com a fusão de horizontes entre a opinião do autor e os preconceitos dos intérpretes; o encontro com a verdade “acontecerá”, então, quando o “sujeito” e o “objeto” se relacionarem, na mediação entre o presente e o passado, cuja distância não é um vazio, mas a presença dos efeitos, isto é, da tradição. Deste modo, a linguagem atinge uma importância ímpar, pois é a responsável pela mediação da experiência existencial do ser, significando a estrutura do ser ontológico que é o ser humano, “dialógico por natureza” (GIAGIONI, 1983, p. 35); perfaz-se como o mundo interpretado pelo homem, o acontecer interpretativo da realidade, assim a Teoria Gadameriana propõe uma relação universal que visa abarcar toda a relação do homem com o mundo, dentro dessa relação sujeito-objeto. (LOPES, 2000).

Eleitoral não é diferente. São casos excepcionalíssimos e que possuem *status* de rol taxativo. Por isso, deve-se ter cuidado redobrado para que não se destitua a aplicação correta de leis por mera conveniência do julgador, de forma que o intérprete não pode decidir não aplicar uma lei que seja pertinente ao caso por mera liberalidade pessoal.

No âmbito da Teoria do Direito, os limites da interpretação judicial são objeto de estudo há muito tempo, porém a sua aplicação na seara eleitoral não é algo comum de ser debatido academicamente. Para melhor assimilar o problema que envolve a aplicação das normas jurídicas no âmbito de um Processo Judicial, como o praticado no âmbito da Justiça Eleitoral brasileira, dado o arcabouço normativo extremamente diferenciado, deve-se ter como norte a maneira pela qual a aplicação das normas jurídicas se dá mais amplamente, dentro do Direito enquanto ciência; para tanto é importante trazer neste texto o nome de Hart, inglês e autor da obra *O Conceito de Direito*. Falaremos da obra e do autor mais adiante, pois o referido autor apresenta a ideia da textura aberta na tentativa de dar conformidade às decisões judiciais.

Essa teoria, gestada em um ambiente de *commom law*, admite que o Juiz é criador do Direito, que existem normas a serem complementadas pelos intérpretes responsáveis pela decisão judicial, principalmente quando em casos difíceis, agindo através de uma proporcionalidade que balizaria sua atuação.

Assim, infere-se que, para Hart, o Direito não é completamente acabado, tampouco absolutamente determinado, pois, ao tempo em que existe um (i) “[...] limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer” (HART, 2001, p. 139), também (ii) “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer”. (HART, 2001, p. 141).

Portanto, para o autor, a própria linguagem possui fraquezas que a tornam suscetível a sentidos outros (e dos outros). O mundo fático é ilimitadamente capaz de criar fatos concretos que divergem das regras já criadas pelo legislador, entrando, dessa maneira, a figura da discricionariedade da magistratura que ganha destaque.

Imperioso que sejam destacados outros autores que tentaram construir teorias preocupadas com a correção da decisão judicial, sem, neste momento,

fazerem qualquer juízo quanto a estas, mas esse também é o caso de Robert Alexy, um autor que dialoga com Herbert Hart.

Na sua *Teoria da Argumentação Jurídica* (2001), Alexy corrobora a ideia da textura aberta de Hart. Contudo, há profunda diferença entre as duas visões. Nesse ponto, Alexy (2014, p. 50) coloca elementos externos ao Direito: “[...] ao contrário do que pensava Hart [...] a dimensão de abertura era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões de justiça presentes naquilo que ele denomina discurso prático geral”.

Dessa maneira, em Alexy, observa-se que os princípios, compreendidos como mandamentos de otimização, desaguam na lei de colisão, cuja existência se dá através da precedência de um princípio em face de outro, referindo-se ao suporte fático de uma regra que “expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. (ALEXY, 2001, p. 94).

Importante anotar que, partindo desse pressuposto, os princípios ganhariam determinado nível de racionalidade e, conseqüentemente, sua aplicação seria feita de maneira igualmente racional. Ou seja, em última análise, o que faz Alexy é, por vias externas, *procedimentalizar* a discricionariedade, já que a preponderância entre um ou outro princípio aparenta ser uma escolha.

Aqui poderíamos questionar: – Por que trazer Hart e Alexy para a presente discussão nesta tese? Por meio desses autores, existe a percepção, como já dito anteriormente, que há muito tempo (veja-se que a primeira edição de “O Conceito de Direito” de Hart foi publicado em 1961) a aplicação do direito tem sido objeto de intensos debates jurídicos, nos quais alguns desacordos de entendimentos são muito relevantes, chegando à contemporaneidade de modo cada vez mais central, tendo surgido, desse período até os dias de hoje, outras alternativas quanto à visão sobre a aplicação do Direito e resolução de contendas judiciais.

No entender deste trabalho até mais adequadas ao ambiente constitucional vivenciado no Brasil, que também visam dar melhor conformidade às decisões judiciais, não podendo as decisões em processos judiciais da Justiça Eleitoral escaparem deste alinhamento, muito menos desse debate, embora a prática do cotidiano forense eleitoral aponte em outro sentido.

A evolução de Teorias que buscam uma sindicabilidade das decisões judiciais veio com a ressignificação do constitucionalismo contemporâneo que modificou o papel das Constituições e radicalizou a preocupação com a coisa pública. Por

consequente, quais as projeções que podem ser feitas para a Hermenêutica Jurídica, enquanto elemento de combate às decisões judiciais, despreocupadas com o sistema jurídico, que estão inseridas, em termos de decisão e a partir disso (principalmente no contexto da Justiça Eleitoral)? Seria ela um elemento capaz de melhorar as decisões judiciais para além das teorias que apostam em uma atuação criativa do intérprete responsável pela decisão judicial?

Relacionando esta pergunta diretamente com o tema da tese, pode-se chegar à conclusão justificadora da importância deste problema: não se pode conceder aceite às previsões legislativas que, em qualquer grau, autorizem intervenções judiciais não condizentes com o Estado Democrático de Direito, principalmente no âmbito do Direito e do Processo Judicial Eleitoral, dada a importância deste ramo do Direito para a consolidação da Democracia.

Por isso, conjugado à leitura filosófica do fenômeno interpretativo, é importante trazer também, com a intenção de tornar essa discussão mais densa, para a presente abordagem, uma perspectiva teórica que dá ênfase à responsabilidade do intérprete na decisão judicial; aqui se traz o pensamento de Ronald Dworkin. A partir de sua obra e de suas ideias, poderemos ter uma noção mais elaborada sobre o prisma que aponta para a decisão judicial como um problema filosófico.

2.2 Decisão Judicial como um Problema Filosófico: elementos preparatórios

No contexto desta tese, é imperativo o chamamento de Dworkin, principalmente pelo fato de sua obra ter sido a base das premissas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente no Art. 926,¹³ que deve, para o bem do Processo Judicial Eleitoral, ser incorporado pelos Tribunais Eleitorais, para que se alcance uma construção jurisprudencial coerente e íntegra, algo que ainda não é uma realidade na Justiça Eleitoral.

¹³ Art. 926 - Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no Regimento Interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

A partir da base teórica desenvolvida por Dworkin e absorvida pela legislação processual civil brasileira, pode-se iniciar a análise da percepção pela qual passou o legislador, e conferir que sua maior preocupação foi com a Filosofia, para se construírem as bases de um processo civil mais sólido e adequado ao ambiente constitucional vivido no Brasil, esse espectro também deve ser espelhado no Processo Judicial Eleitoral.

Com o intuito de compreender o posicionamento de Dworkin (2012), tomando por base a construção da legislação processual civil brasileira, traz-se a tese da unidade do valor do referido autor, descrita em *Justiça para Ouriços*,¹⁴ que, por sua vez, dá ênfase à coerência e à integridade em sua proposta teórica.

Em suma, o propósito deste autor é afirmar que, se as diversas proposições valorativas forem contraditórias, o Direito inexiste como Direito e o sistema jurídico inexiste como tal. Assim, na aludida obra, o jusfilósofo americano busca demonstrar uma concepção alternativa dos valores políticos, na qual haja harmonia e interdependência, ao invés de conflito e divergência. (DWORKIN, 2012).

Dworkin afirma que os valores são objetivos, mas também concorda que eles possam entrar em conflito. Portanto, reforçando o sentido de coerência e de integridade, o valor político deve estar baseado em outros valores que vão além dele. (MOTTA, 2017). Esse argumento é fulcral para a tese da unidade do valor.

Esse ponto do argumento é de vital importância também pelo fato de abordar a questão do valor político não só da decisão em si, mas da responsabilidade do intérprete, que é, necessariamente, em um ambiente constitucional como o que existe no Brasil, compromissado com uma razão pública, com os preceitos que são ínsitos a universalização da conduta do intérprete, de maneira que não haja espaço para ele agir diferente somente por conta da sua vontade pessoal, de forma incoerente com as regas do sistema no qual o intérprete está inserido, quando defrontado com situação semelhante.

O encontro da universalidade da norma com a individualidade do fato concreto não pode ser conduzido a partir da vontade de quem manuseará a norma jurídica, possivelmente aplicada à situação. É nesse contexto que é gestado o raciocínio sobre a necessidade de coerência e integridade no e para o Direito.

¹⁴ Nesse ponto, o autor “[...] remete para uma frase de um antigo poeta grego, Arquíloco, tornada célebre por Isaiah Berlin. A raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço sabe uma coisa muito importante. (DWORKIN, 2012, p. 13).

Dworkin (2014, p. 63), ao analisar a necessidade de compatibilidade sistêmica do Direito, argumenta que “os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor (autor do texto analisado), mas os do intérprete”, já que o Direito é um conceito interpretativo. Esta concepção de Direito é o núcleo de onde partem os mais diversos desdobramentos de sua proposta teórica.

Nesta linha, propõe melhores maneiras de compreender os valores, chegando a um aprimoramento conceitual destes, de modo que não se defenda sua forma absoluta, mas sim a importância especial do valor que estiver em debate na questão. Essa importância é vinculada, como se mencionou, a outros valores que vão além; e, para Dworkin (2014), os fundamentos que vinculam a noção de igualdade e liberdade são dois: 1) igual consideração a todos; e 2) respeito pela responsabilidade individual de cada um.

Estava colocado a ideia de universalização do agir judicial, da limitação que uma decisão tem no sentido de que ela não pode ser um privilégio de uma parte; todas as que estiverem na mesma situação devem ter igual direito reconhecido; por outro lado, esse mesmo agir tem que ser possível (do ponto de vista fático e pragmático) de ser estendido a todos os que se encontram em situações semelhantes sem que a coletividade seja prejudicada.

Quando se concebe que as bases para os dois valores são as mesmas, fica resolvida a aparente contradição entre igualdade e liberdade, pois esta última é vinculada não à concepção de *freedom* (autonomia), mas à de *liberty*. A *freedom* “é apenas a sua capacidade de fazer o que quiser livre de condicionalismos ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política”. (DWORKIN, 2012, p. 375). Contudo, no conceito de *liberty* faz-se referência à “[...] parte da sua autonomia que uma comunidade não poderia lhe retirar sem a ofender de algum modo especial, comprometendo sua dignidade”. (DWORKIN, 2012, p. 375).

Assim, é relevante a preocupação de se entender a diferença semântica entre os dois termos, pois a representatividade da coletividade, falada anteriormente, tem relação intrínseca com o estrito respeito pela pilastra da dignidade da pessoa humana, algo ímpar ao estabelecimento de um Estado Democrático de Direito.

Essa nova abordagem para a igualdade e para a liberdade leva à investida dworkiniana sobre dois conceitos de Democracia: 1) A estatística ou majoritária; e 2) a concepção de parceria. A primeira busca unanimidade ou o que a maioria dos indivíduos desejar, ao passo que a segunda prioriza que cada cidadão seja um

parceiro igual na tomada de decisões, ao invés de um voto igual. (DWORKIN, 2012, p. 391-392). A primeira concepção de democracia está muito mais relacionada com a ideia de *freedom* (de autonomia independente que cada indivíduo possui de expressar sua vontade política); por outro lado, quando se está tratando da concepção de parceria, inclui-se a ideia de pertença do indivíduo a uma comunidade política que se funda na igualdade. (DWORKIN, 2012, p. 391-392).

Mais uma vez se observa que a noção de possibilidades afirmativas em relação a um direito esbarra no sentimento, que deve ser comum a todos, de que o pertencimento a uma comunidade não lhe confere a condicação de diferente, pelo contrário, todos são parceiros e construtores de um ambiente em que as condições devem ser as mesmas.

A partir desses dois modos de compreender a Democracia, é possível identificar duas teorias que têm fortes conexões filosóficas: procedimentalismo e substancialismo. Tais posicionamentos teóricos divergem “sobre o papel do poder judiciário e justiça Constitucional, quando se busca a efetivação dos preceitos constitucionais não regulamentados por normas inferiores”. (ALCANTARA; OLIVEIRA FILHO, 2016, p. 3). Consequentemente é necessária uma abordagem mais detalhada, que será feita a seguir.

A Teoria Procedimentalista, que tem por expoente Jürgen Habermas, concebe o texto constitucional como um conjunto de procedimentos que, ao serem devidamente seguidos, como regra do jogo do Direito, garantem a cidadania dos indivíduos que estão jurisdicionados pelo ordenamento jurídico em questão.

Por outro lado, a Teoria Substancialista, que tem no Brasil Streck (2009, p. 48) como um de seus principais expositores, ratifica a necessidade de adequação do controle judicial às demandas da Constituição Federal, sobretudo, aquelas de direitos fundamentais:

[...] na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. Importa ressaltar, entretanto, que, no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses (procedimentalismo e substancialismo) é perceptível.

Trata-se, pois, de uma Teoria que entende estar na Constituição a concentração dos diversos direitos e, por isso mesmo, é o instrumento garantidor da

cidadania e dos direitos individuais do cidadão. Observe-se que, sob a primeira perspectiva, a cidadania é assegurada pelo procedimento; já na segunda, são os direitos que garantem aos indivíduos o *status* de cidadãos.

Como essa discussão entre procedimentalistas e substancialistas se conecta ao tema desta tese? Uma das críticas que se faz aos procedimentalistas é o não enfrentamento da questão da discricionariedade na decisão judicial, bem como a distinção de efetivação imediata (dos direitos de primeira geração) e mediata (dos sociais), haja vista que o Poder Judiciário tem como dever “aplicar imediatamente, diante do caso concreto, as normas de direitos fundamentais, assegurando o pleno gozo das posições subjetivas neles consagradas”. (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 404).

Por outro lado, uma das observações que se pode fazer perante à teoria substancialista é que ela possuiria abertura ao incremento da atividade judicial em busca da defesa dos direitos protegidos na Constituição, que pode aumentar o número de processos judiciais, assim como abrir espaço para o ativismo judicial.

Os princípios constitucionais, apresentados no preâmbulo¹⁵ e positivados ao longo da Constituição,¹⁶ demonstram a preocupação de, ao mesmo tempo, dar legitimidade e estabelecer limites a atuação jurisdicional no Brasil, porém essas bases ao mesmo tempo abrem espaço para interferência judicial na concretização de direitos, e também se revelam, cada vez mais, alinhadas aos objetivos dessa tese, como o alicerce para a construção de caminhos para blindar posturas ativistas, seguindo a matriz teórica que vislumbra a necessidade de uma Teoria da Decisão Judicial adequada aos parâmetros constitucionais pátrios e não em teorias alienígenas mal recepcionadas.

Nossa pátria talvez seja o País que mais produziu (e continua produzindo) *novos princípios*, que se comportam tal qual ardis retóricos de justificação da decisão judicial, sendo que, em muitos casos, são no máximo *pseudo-princípios* ou apenas argumentos usados por pessoas que não se preocupam em saber a diferença entre uma regra e um princípio.

¹⁵ No Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consta: Exercício dos direitos sociais e individuais; a liberdade; a segurança; o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça; sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; harmonia social; ordem interna e internacional e solução pacífica das controvérsias.

¹⁶ Soberania do texto constitucional; Princípio da Legalidade; Princípio da Impessoalidade; Princípio da Moralidade; Princípio da Publicidade; Princípio da Supremacia do Interesse Público; Princípio da Autotutela, Princípio da Indisponibilidade, entre dezenas de outros que são criados diuturnamente.

Nesse contexto, então, as reflexões que pairam sobre o tema princípios passam justamente pelas correntes procedimentalista e substancialista. Para além disso, elas se embasam, respectivamente, em Alexy (2011) e Dworkin (2014), como aqui antes já fora retratado.

O rompimento da veiculação de valores da sociedade, como princípios gerais do Direito, manifesta a compreensão de um Direito democraticamente estabelecido e compreendido como sistema normativo, implementado por conceitos (jurídicos) absorvidos da comunidade, mas que, ao mesmo tempo, possuem caráter transformador. O grande ponto aqui é que a dimensão de valor ganha foros de publicidade, saindo da esfera privada de construção de sentido.

Streck (2012) firmou posição sobre se as decisões dos tribunais devem ser feitas por políticas ou por princípios:

[...] Penso que a melhor resposta é dada por Ronald Dworkin, que sustenta que, não importa a causa, boa ou ruim, ou se o crime é grave ou não, a aplicação sempre deve ser por princípio. Na hermenêutica filosófica também pensamos desse modo. Logo, se a melhor resposta é a de que os princípios são deontológicos e que devemos julgar por princípios, devemos pagar (e cobrar) esse preço. Qual é o preço? O preço é o de, em sendo o caso, que devemos contrariar a maioria. Aliás, a Constituição é um remédio contra majorias. Ela só tem sentido sendo lida desse modo. Direitos fundamentais só adquirem sentido quando postos à prova, no seu limite. Talvez nas piores violações é que se mede o coeficiente democrático de um país. (STRECK, 2012).

De tal posicionamento depreende-se que a decisão judicial é importante instrumento para a conformação do Estado Democrático de Direito, bem como instituto basilar para a atuação do Poder Judiciário, não sendo diferente na Justiça Eleitoral. Logo, é importante discutir seus fundamentos (e, assim, reflexões sobre seu conteúdo principiológico).

Isso porque uma decisão judicial foge (ou deveria fugir) das conveniências e dos joguinhos políticos. A decisão é o meio de se fazer valer a norma, de se proteger o texto constitucional e suas projeções interpretativas, que se tornam possíveis na mediação que se limita ao que já está previsto constitucionalmente/legislativamente; e a necessidade de uma atualização hermenêutica a partir de um contexto compartilhado de construção de sentido.

Por isso, neste trabalho, afirmamos a necessidade da fundamentação adequada das decisões judiciais, que possam atuar e ter um alcance além da

discussão teórica que é possível desenvolver no plano da Teoria do Direito sobre os limites da decisão judicial, que remonte ao papel das metodologias interpretativas (algo que recai na dicotomia entre correntes que admitem discricionariedade judicial e outras que não aceitam) e da desnecessidade de utilização de métodos para se chegar a decisões adequadas.

A realidade do Brasil ofertava e oferta alguns entraves à implantação de um agir que privilegie uma Teoria da Decisão Judicial, estruturada com elementos que preservem os elementos mais caros a uma Democracia em um Estado Democrático de Direito, só para exemplificar e trazer a discussão para os pontos centrais dessa tese. No âmbito legislativo, a adoção de uma matriz valorativa discricionária encontrava respaldo no antigo Código de Processo Civil (de 1973), legislação produzida sob a égide de um regime autoritário, quando sustentava o “livre convencimento motivado”¹⁷ dos juízes, bem como em outras leis, como a Lei Complementar 64 de 1990, a Lei de Inelegibilidades, quando trouxe nos seus artigos 7º, parágrafo único, e 23,¹⁸ já referidos neste texto, a discricionariedade dos julgadores.

Em que pese a atual ritualística judiciária, Streck (2017e, p. 109-110) defende que, partindo do estudo e da atividade hermenêutica, “não há mais espaço para qualquer tipo de raciocínios que levam à discricionariedade judicial, justamente pelo fato de ter superado o problema filosófico que aí se instaura, o solipsismo”.

Em sendo assim, um dos argumentos fulcrais desta tese consiste em observar que, quando o ordenamento jurídico possibilita (e/ou legitima) a discricionariedade judicial por previsão legislativa, afasta a ideia de integridade e coerência (e, por consequência, as de estabilidade, igualdade e de segurança jurídica), porque viabiliza manifestações do Estado (juiz) – ente público – a partir de entendimentos privados, vontades particulares, ou seja, privilegia um agir antidemocrático, desconforme com o sistema vigente.

¹⁷ Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁸ Art. 7º - [...] Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

Art. 23 - O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Nesse contexto, se faz interessante retomar o estudo dos princípios, por serem eles agentes que devem atuar para a redução do poder discricionário dos juízes e não o contrário como muitos pensam. Na concepção dworkiniana se faz uma relação do Direito com a Moral, para o Autor: “o Direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política”. (DWORKIN, 2012, p. 414).

Isso conduz o intérprete a entender ou, em termos gadamerianos, a compreender a importância da integração entre Direito e Moral. É neste horizonte de sentido, de compartilhamento de valores morais (moralidade política), que, como de certo modo já antecipado anteriormente, ao mencionar o autor norte-americano, coerência e integridade ganham ainda mais destaque, principalmente quando o assunto em debate é decisão judicial.

Um dos elementos através dos quais Dworkin explica suas ideias de coerência e integridade é a metáfora do romance em cadeia. Ele cria uma situação hipotética na qual existia uma obra com capítulos escritos por diferentes autores: o autor que dá sequência ao que foi escrito por seu antecessor não pode simplesmente repetir o conteúdo do que já foi redigido, mas também não pode ignorar o que já foi criado. (DWORKIN, 2014). A obra, para ser coerente e integrada em seu texto, precisa ser escrita a partir de “um mínimo de compartilhamento entre os redatores”. (DWORKIN, 2014, p. 275).

Adaptando isso para o Direito, é possível dizer que se faz necessária uma relação de coerência e integridade do juiz, tanto pela necessidade de fundamentar sua decisão nas provas e nos fatos que estão nos autos (isto é, a partir do caso concreto), quanto em relação ao respeito ao ordenamento jurídico (levando em consideração, inclusive, as decisões que já foram tomadas no passado), o que parece meio óbvio, porém essa virtual obviedade não é respeitada a contento no cotidiano forense.

A ausência de uma preocupação do agir judicial, presenciado por quem milita no Judiciário brasileiro, principalmente na seara Eleitoral, de maneira a se trabalhar pela exigência de elementos que podem conferir um mínimo de confiabilidade e segurança de quem está submetido ao crivo das decisões judiciais, é algo inquietante, por isso esta tese se funda no reconhecimento de que o elo entre Teoria do Direito e a Filosofia é algo necessário e aqui se perfaz como elemento preparatório para a discussão que engloba o problema da decisão judicial no âmbito do Processo Judicial Eleitoral.

Em verdade esse ponto do trabalho não é muito comum na doutrina eleitoral, que, via de regra, atua em preocupações práticas que surgem eleição após eleição, dada a eterna modificação que se faz na legislação eleitoral de dois em dois anos, sendo, por esse viés, até justificável; porém, no entendimento que baseia o presente estudo, essa situação poderá ser muito melhor enfrentada se houver a abSORção do papel da Teoria do Direito no enfrentamento dessas questões, que são o alicerce dos problemas que a Justiça Eleitoral vem apresentando e que serão aqui devidamente enfrentados.

Imperioso, pois, nesse sentido, delimitar o papel da hermenêutica filosófica¹⁹ nesse contexto da Teoria do Direito, pois, para a visão que norteia este trabalho, se trata de parte fundamental para a compreensão do problema que está posto, principalmente no Processo Judicial Eleitoral, tendo em vista ser uma das expressões contemporâneas da ciência Hermenêutica, mas que encontra certa resistência por parte da prática judicial pátria; essa expressão é de Gadamer (2012) e extraída a partir de sua principal obra, *Verdade e Método*, na qual se verifica a preocupação do autor em relação ao processo de compreensão e de interpretação textual, desmi(s)tificando a vinculação da hermenêutica (compreensão e interpretação) a métodos científicos.

Mais uma vez, aqui aparece a questão do método (tão cara para compreender as diversas posturas teóricas sobre o papel do juiz) e sua imbricação com pressupostos filosóficos. É preciso compreender que, no fundo, a pergunta sobre qual o papel da jurisdição na democracia implica uma preocupação metodológica: – Afinal, como se aplica o Direito no contexto que envolve a decisão judicial em um Estado Democrático de Direito? O que se busca deixar claro, por meio da redação da primeira parte deste capítulo, é a demonstração do vínculo existente entre metodologias jurídicas interpretativas e pressupostos filosóficos.

¹⁹ No entendimento da doutrina, a hermenêutica filosófica representa um dos desenvolvimentos mais significativos, o que o pensamento do século XX produziu. Os anos 1960, progressivamente, se estabeleceram como a posição referencial filosófica para a tradição predominante do pensamento continental, constituindo a alternativa mais seguida em relação à "filosofia analítica" da tradição Anglo-americana e uma forma de pensar mais válida em comparação com algumas expressões unilaterais do cientificismo que afetam o pensamento contemporâneo. Assim entende Volpi (1998, p. 363) quando afirma: "L'ermeneutica filosofica rappresenta senza dubbio uno degli sviluppi più significativi e fortunati del pensiero del Novecento. Dagli inizi degli anni Sessanta in poi essa si è progressivamente affermata come la posizione filosofica di riferimento per la tradizione di pensiero continentale, costituendo l'alternativa più seguita rispetto alla «filosofia analítica» di tradizione anglo-americana e la compensazione più valida rispetto ad alcune espressioni unilaterali di scientismo che affettano il pensiero contemporaneo".

Sobre esse ponto, a doutrina de Gadamer (2012, p. 29) coloca de maneira categorica: “[...] o fenômeno da compreensão impregna não somente todas as referências humanas ao mundo, mas apresenta uma validade própria também no terreno da ciência, resistindo à tentativa de ser transformada em método da ciência”.

Quando se firma o entendimento de que decidir uma questão judicial é escolher, que existe abertura para ir para um lado ou outro, fica evidente que há um déficit cognitivo no que tange à consideração do contexto constitucional que envolve a decisão judicial. Não se trata nem de um ato de vontade, muito menos de uma escolha.

É preciso, pois, incorporar a compressão, levando em conta essa base científica gadameriana, aqui neste trabalho já referida, que pode ser encarada como um modo de ser do próprio homem, ou seja, se perfaz como algo além de uma escolha, esse ser que vive em sociedade e tem contato com práticas sociais que conduzem interpretações de maneira a trazer praticidade, como ensina Viola (2006, p. 2):

Ma per l’ermeneutica filosofica tutto ciò assume una rilevanza ben più profonda in quanto il comprendere è inteso come un modo d’essere, il modo proprio d’essere dell’uomo. «Non si può eludere la considerazione che non soltanto il discorso e la scrittura, ma tutte le creazioni umane sono compenstrate di un ‘senso’, che è compito dell’ermeneutica estrarre». Il senso di una pratica sociale interpretativa è la finalità generale dell’impresa di cui si tratta. Esso precede e illumina le azioni che sono poste al suo interno. Queste azioni possono essere corrette o non corrette (convenienti o sconvenienti, giuste o ingiuste, buone o cattive) in relazione a ciò a cui mirano, cioè propriamente possono essere sensate o insensate. Da questo punto di vista il senso di una pratica sociale è un compito a cui s’è chiamati, un’impresa che s’intraprende, un obiettivo generale che si persegue. Ciò significa che il senso che sta alla base della comprensione ermeneutica ha un carattere pratico e che una filosofia ermeneutica del diritto non potrà che essere una filosofia pratica.²⁰

²⁰ O autor entende que a compreensão se trata de um modo de ser, o modo próprio de ser do homem. Ele entende que "Não podemos evitar a consideração de que não apenas o discurso e a escrita, mas todas as criações humanas estão imbuídas de um" sentido, que é a tarefa da hermenêutica extrair". O significado de uma prática social interpretativa é o objetivo geral dessa questão. Essas ações podem ser corretas ou incorretas (convenientes ou inconvenientes, corretas ou injustas, boas ou ruins) em relação ao que visam, isto é, podem ser adequadamente sensíveis ou sem sentido. Deste ponto de vista, o sentido de uma prática social é uma tarefa para a qual foi chamada, de uma empresa que é empreendida, um objetivo geral que é perseguido. Isso significa que o sentido subjacente à compreensão hermenêutica tem um caráter prático e que uma filosofia hermenêutica do direito não poderá ser necessariamente uma filosofia prática.

Logo, a compressão para a Hermenêutica filosófica é muito mais do que uma escolha, é um modo de ser inerente ao próprio homem, que tem uma prática social e uma história de vida, de maneira que a dimensão que tem a compreensão hermenêutica tem uma natureza prática; e a hermenêutica filosófica, relacionada ao Direito, tem igualmente ares práticos, apresenta-se como uma filosofia prática.

Com isso, é possível afirmar que o pensamento filosófico não pode ser associado (e operacionalizado) por intermédio de uma metodologia científica (GADAMER, 2012, p. 30)²¹ que se preocupa com resultados já fixados previamente, o que é próprio das ciências positivistas.

Indo mais além, com base na proposta gadameriana, extraem-se duas principais ideias: rompe-se com a necessidade de um método científico para guiar a interpretação; e a linguagem assume papel central. Volta-se, portanto, ao início

²¹ Gadamer propõe analisar as experiências "extra-metódicas" da verdade, levando em conta que isso se trata de áreas em que a reflexão metodológica, especialmente caracterizada pela necessidade de um rigor científico emprestado das disciplinas exatas, ao invés de promover, previne e obstrui a explicação da respectiva experiência de verdade. As três partes em que a verdade e o método são articulados por ele são, portanto, dedicadas ao tratamento do problema da verdade em três áreas paradigmáticas da experiência extra-metódica da verdade, que seriam o campo da experiência estética, o das ciências históricas e o da linguagem, ao nosso entender, para a ciência jurídica, no que tange à interpretação dos textos legais normativos, a mais relevante, considerado em seu valor histórico-ontológico da abertura de um mundo dos sentidos. Examinando estas três experiências e o modo como eles foram gradualmente compreendidos, Gadamer desenvolveu sua própria "Hermenêutica filosófica" que é a nossa referência conceitual no que respeita ao que a ciência tem de mais contemporâneo para uma experiência interpretativa que fuja ao subjetivismo e ao individualismo, sendo mais firme no que se refere à extração de sentido do texto a partir do contexto, o que Gadamer considera como técnica de interpretação de textos, já que sua hermenêutica consiste substancialmente em uma teoria da compreensão. Mas ele chamou de "filosófica" porque, fazendo apenas a orientação ontológica de Heidegger para a teoria de uma compreensão, ele se opõe à concepção tradicional de hermenêutica como técnica de interpretação de textos, auxiliar das disciplinas teológica, jurídica e filológica, e desenvolve a análise do entendimento em todo o seu significado filosófico, ou seja, como a estrutura universal da nossa maneira de estar no mundo e na história que desenvolvemos em nossas vidas. Isso também se extrai dos ensinamentos de Volpi (1998, p. 364): "Gadamer si propone infatti di analizzare le esperienze «extra-metodiche» della verità, ossia quegli ambiti in cui la riflessione metodologica, tanto più se caratterizzata dall'esigenza del rigore scientifico mutuato dalle discipline esatte, anziché promuovere, impedisce e occlude l'esplicarsi della rispettiva esperienza di verità. Le tre parti in cui Verità e metodo si articola sono pertanto dedicate alla trattazione del problema della verità in tre ambiti paradigmatici dell'esperienza extra-metodica della verità, vale a dire l'ambito dell'esperienza estetica, quello delle scienze storiche e quello del linguaggio considerato nella sua valenza storico-ontologica di apertura di un mondo di senso. Attraverso l'esame di queste tre esperienze e del modo in cui esse sono state via comprese, Gadamer ha elaborato una propria «ermeneutica filosofica», che egli ha così chiamato riprendendo il termine con cui tradizionalmente veniva designata la tecnica della comprensione e interpretazione di testi, giacché la sua ermeneutica consiste sostanzialmente in una teoria del comprendere. Ma l'ha chiamata «filosofica» perché, facendo proprio l'orientamento ontologico impresso da Heidegger alla teoria del comprendere, egli si contrappone alla tradizionale concezione dell'ermeneutica come tecnica dell'interpretazione di testi, ausiliaria delle discipline teologiche, giuridiche e filologiche, e sviluppa l'analisi del comprendere in tutta la sua portata filosofica, intendendolo come la struttura universale del nostro modo di stare nel mondo e nella storia.

deste capítulo, de modo propositadamente circular – tratemos então da importância da linguagem.²²

Traçando uma ponte com o papel da linguagem na Filosofia, aqui já abordado, em outras palavras, é possível dizer, como Streck (2017a) o faz, que não há decisão judicial em grau zero de sentido, principalmente quando se considera que o juiz somente pode agir mediante provocação. Nesta altura (já havendo a provocação ao juízo judicial), já existem informações prestadas para que sejam avaliadas e compreendidas. (DWORKIN, 2014).

Fugir do sentido do texto, desrespeitando o seu limite semântico seria afastá-lo das possibilidades que o sistema jurídico oferece para uma norma legal atuar; trata-se de um desrespeito às regras do jogo e empurra o intérprete para um campo que não é o seu, o de criação de direitos.

A crítica de Dworkin, portanto, embora ele não trate disso abertamente, possui um fundo filosófico, que está relacionado, então, a decisões judiciais que se justificam com ausência de padrões normativos (na linha do que Lenio Streck chamaria, como já dito acima, de grau zero de sentido).

É na defesa da existência de padrões de normatividade que o jusfilósofo norte-americano cria sua tese da resposta correta. Streck (2017e), no Brasil, ao adotar uma concepção dworkiniana, afirma a impossibilidade de se admitir que, para um mesmo caso, sejam aceitas múltiplas respostas, na medida em que defende que só possa existir uma resposta correta – aquela adequada à Constituição e integrada ao sistema jurídico e que tenha a melhor concatenação com o contexto do processo.

²² Apel observou que o papel central da linguagem, ausente em Kant, implicaria necessariamente na existência da consciência e em seus conteúdos produzidos a partir de uma cogitação. Isso significa apoiar a autorreflexão e a autoconsciência dos sujeitos na comunidade comunicativa real e (ideal) ilimitada. De acordo o mesmo autor os antecessores do giro ontológico linguístico, Hamann, Herder e W. v. Humboldt e, por outro lado, Hegel, que reconheceu o "espírito objetivo" e a mediação da autoconsciência através do reconhecimento dos outros; enfim, eles mesmos enfraqueceram, mas não superaram radicalmente o "solipsismo transcendental" do sujeito que reconduz a ideia inicial de Descartes, esse é o ensinamento de CAPUTO (2006, p. 4): "In particolare, uno dei problemi più scottanti introdotti da Apel consiste nel rilevare che il ruolo centrale del linguaggio, assente in Kant, implica necessariamente l'esistenza della sfera della res cogitans, ovvero la coscienza e i suoi contenuti e, quindi, del cogito. Ciò significa sostenere che nella comunità comunicativa reale e (ideale) illimitata sorge l'autoriflessione e l'autocoscienza dei soggetti. Secondo quanto assai bene chiarito da Apel, i «predecessori della svolta linguistica, Hamann, Herder e W. v. Humboldt e, d'altra parte, Hegel, che riconobbe lo «spirito oggettivo» e la mediazione dell'autocoscienza attraverso il riconoscimento da parte degli altri, alla fine hanno essi stessi indebolito ma non superato radicalmente il «solipsismo trascendentale» del soggetto che riconduce a Descartes».

A partir disso, o artigo 131²³ do antigo Código de Processo Civil (de 1973), além de ser um exemplo de positivação da possibilidade do exercício da discricionariedade pelo intérprete julgador, também indica a existência de mixagens teóricas no processo civil brasileiro, valendo lembrar que esse dispositivo se repetiu na legislação eleitoral, no parágrafo único do Art. 7º da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90), porém um (o primeiro) foi revogado e o outro dispositivo (o da legislação eleitoral, com redação praticamente idêntica) continua vigente.

Veja-se que, por um lado, a redação do dispositivo diz que “o juiz apreciará livremente a prova”; contudo, por outro ângulo, para amenizar a liberdade decisória, também menciona que o julgador “deverá indicar na sentença os motivos que o levaram ao convencimento”, um movimento de vai e vem de uma norma jurídica gestada em um período não democrático, no caso o Código de Processo Civil de 1973.

Como o convencimento é livre e motivado ao mesmo tempo? Justificar em que termos ocorre esta liberdade (ou seus porquês) muda alguma coisa? Como isso se relaciona com coerência e integridade? São muitas perguntas, mas o fato é que, em sendo motivado ou não o livre convencimento, sua previsão legislativa é consequência de se submeter o processo à vontade do Juiz.

Assim, o Juiz passa a controlar de maneira atípica, e, na nossa visão, atemporal, o processo, ampliando seu poder sobre as partes. Por isso se considera, como afirma Streck (2016), que o fato de o Código de Processo Civil de 2015 não registrar essa expressão “livre”²⁴ é um grande avanço, pois rompe com a ideia de que posicionamentos judiciais sejam pautados por critérios privados de justificação (e não públicos, por padrões normativos igualmente públicos, como deve ser), porém a legislação eleitoral ainda traz essas possibilidades.

Ao se retirar (o legislador) a livre apreciação da prova pelo juiz do texto do Diploma Processual Civil brasileiro, resta demonstrado que isso está vinculado ao que é narrado pelas partes, bem como ao conteúdo probatório trazido à lide, ou seja, ao *contexto do romance*, para usar a metáfora de Dworkin, que se delineou no

²³ “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

²⁴ Observe-se a diferença entre o artigo 131 do código de 1973 para o artigo 371 da Lei 13.105/2015: “Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” e “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

processo até o momento de se proferir a decisão, de forma que os seus critérios devem ficar claros no voto ou na sentença.

Estes critérios são importantes, a fim de que se evite o solipsismo judicial, entendimento segundo o qual, sem vinculação alguma a padrões normativos (critérios públicos de decisão), o julgamento transforma-se em mera exposição de elementos da consciência do juiz, não se vinculando à Constituição (ou à legalidade constitucionalmente produzida).

Nesse mesmo sentido, Streck (2017c) propõe a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), demonstrando que não há possibilidades hermenêuticas de separar interpretação e aplicação, pois o processo hermenêutico que envolve o fenômeno jurídico é, assumindo a concepção gadameriana, *applicatio*.

A proposta de Streck se fundamenta no giro linguístico-ontológico (*svolta linguística* ou *linguistic turn*), que, para o jurista, configura a “revolução Copernicana no Direito Público”.²⁵ E é assim que se reforça a necessidade de adoção de reflexões pautadas na compreensão prévia e no círculo hermenêutico (duas categorias filosóficas), a fim de garantir que o Poder Judiciário possa não ser um depósito de ordens desenfreadas que irão *ipso facto* contra tudo o que se sabe sobre democracia e sobre Direito enquanto ciência.

Em outras palavras: a perspectiva da CHD de Streck conjuga o elemento filosófico do *a priori compartilhado de sentido* heideggeriano (2012) com a tese da unidade do valor de Dworkin (2012), num esforço muito claro: estabelecer limites à decisão judicial.

Relacionando o que é previsto no que podem ser, *a priori*, consideradas legislações de procedimento com essas perspectivas teóricas, tudo isso possibilita o retorno a um debate procedimentalista/substancialista. No espaço destas discussões, para Motta (2017), não há impedimento algum em se extrair das duas bases um complemento entre uma e outra, de forma que o conflito entre ambos os entendimentos é apenas aparente.

O mesmo autor explica que a doutrina dworkiniana não trabalha uma diferenciação rigorosa entre a justiça substantiva e a processual. (MOTTA, 2017).

²⁵ Sobre essa nova fase do Direito Público Streck (2010, p. 94) explica: “No campo do direito, ocorre uma viragem no direito constitucional, a partir das diversas constituições com nítido viés compromissório e dirigente, proporcionando um elevado grau de autonomia ao direito. Essa revolução copernicana atravessou o direito público em todos os seus ramos, fazendo com que as relações privadas perdessem a “plenipotenciariade” que haviam adquirido no modelo formal-burguês de direito e de Estado”. (STRECK, 2010, p. 94).

De maneira crua: quando se preserva o *equal concern* (igual consideração) e o *self-government* (autogoverno), ao mesmo tempo em que se preserva a materialidade dos direitos dos cidadãos, mantém-se protegida a ordem constitucional e os seus procedimentos constitucionais.

O procedimento efetivamente democrático, livre de dispositivos que privilegiem a vontade do julgador, não prejudica a materialidade dos direitos, porque, se, por um lado, há a submissão do cidadão à autoridade de outrem, a dignidade da cidadania é mantida quando se participa dos processos de construção das decisões, até mesmo porque a legitimidade das decisões está no sistema democrático que é legitimado pelo poder do povo.

Resta, assim, para Motta (2017), uma percepção de que o procedimentalismo e o substancialismo comungam de caracteres importantes para que, juntos, atuem na construção da democracia e das decisões institucionais, de modo que o indivíduo esteja inserido, de fato, em um Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, clarifica-se a intenção crítica de ambas as perspectivas, quando cada uma delas, a seu modo, autoriza certa discricionariedade judicial. Isso porque, se a defesa dos procedimentos pode levar ao solipsismo, considerando que a escolha dos critérios de julgamento esteja afeta à vontade do juiz, a argumentação para o substancialismo também pode respaldar o ativismo judicial na defesa de valores privados, no sentido de que, por exemplo, haja uma defesa de um posicionamento progressista (de avanço social via Judiciário, sem o *selo democrático*).

Observe-se que o Direito, em nenhuma área, nem mesmo na ciência processual, não pode ser compreendido apenas com ênfase em seus procedimentos ou nos direitos previstos, mas a partir de um atravessamento mútuo entre ambas as posturas teóricas – procedimentalista e substancialista. Tal percepção é importante para que se compreendam os limites da atuação do intérprete da decisão judicial, o que é a base desse trabalho.

De todo modo, a problematização volta-se para a decisão judicial, que, quando proferida pelo juiz *Selbstsüchtiger*, solipsista (STRECK, 2017d), desloca toda a questão do Direito (e da narrativa construída) para a própria consciência, e, com isso, fere gravemente os dois princípios preconizados por Dworkin (2012), a relembrar: 1) igual consideração a todos e 2) respeito à responsabilidade individual de eleger as próprias decisões para si. Desta maneira age em prol de suas

convicções e retira o caráter democrático do Processo Judicial, afrontando acima de tudo o Estado Democrático de Direito.

No caso do Direito brasileiro, vislumbra-se a oposição entre *Selbstsüchtiger* e *Dasein*: o primeiro, detido na filosofia da consciência, não consegue enxergar nada além das próprias experiências privadas, quais sejam, sensações, desejos, consciência etc. (STRECK, 2017d); o outro percebe-se limitado por sua finitude, compreendendo a si mesmo e aos demais como partes de um mesmo contexto compartilhado, o que leva à percepção de que sua interpretação do mundo ocorre a partir de um sentido construído intersubjetivamente (por isso, uma das traduções possíveis para *Dasein* é ser-aí-no-mundo) (STEIN, 2001), como se nota a partir do estudo da Hermenêutica de Heidegger, esta:

[...] requer um esforço maior do intérprete jurídico que deve tomar o cuidado de impedir uma assimilação precipitada do texto legal atrelada a um passado com as suas próprias expectativas de sentido. É o desvelamento do ser. É o deixar que a pré-compreensão, os preconceitos falem por si na conformidade de uma situação hermenêutica. (MELLO, 2015, p. 53).

Como está sendo visto até agora, o ponto central da discussão que envolve os limites da decisão judicial adotada por esta tese é a pergunta sobre como se decide, tendo por base uma linha filosófica como referencial teórico e a construção da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), a partir das bases lançadas por Lenio Streck, visando enfrentar os problemas práticos do Processo Judicial Eleitoral.

Para tanto, é imperioso compreender-se como ocorre o processo interpretativo/aplicativo do Direito, daí essa construção teórica até aqui desenvolvida. É importante entender que assumir uma postura hermenêutica diante do fenômeno jurídico não implica necessariamente assumir um papel discricionário, pelo contrário. É neste sentido que um dos principais pilares da Crítica Hermenêutica do Direito ganha relevância: a diferença entre texto e norma. Sem essa diferenciação não haveria um vetor de racionalidade capaz de construir os limites necessários à interpretação de um texto legal, válido, dentro de um contexto constitucional.

Um desses vetores seria a absorção do papel da linguagem, que posteriormente será mais aprofundada neste trabalho, o Streck (2017e) realiza o necessário reconhecimento a respeito do papel da linguagem no que tange à

hermenêutica filosófica, de modo a afirmar, nos termos da Teoria de Müller (2007), que a norma é representada pelo texto, porém é diferente dele, somente exurgindo no momento da aplicação. Inexiste diferença entre interpretação e aplicação, já que interpretar é aplicar; ou seja, a norma surge na conjugação dos elementos do texto com os do caso concreto – a norma é o sentido atribuído ao texto. É, por isso, que não se pode cindir interpretação de aplicação.

Mais uma vez, aqui, demonstra-se que as bases filosóficas para a compreensão sobre a aplicação do direito possuem relação com o modo de compreender a pergunta que se está perseguindo ao longo deste texto: afinal, como se perfaz uma decisão judicial no âmbito do Processo Judicial da Justiça Eleitoral? Até de maneira mais ampla, no Brasil, como as decisões judiciais se dão? Sob quais bases são construídas? Existe uma preocupação científica na formatação das decisões judiciais da Justiça Eleitoral?

Imperioso que se reconheça a imbricação entre Filosofia e Teoria do Direito nesta discussão; veja-se que, ao se retirar o debate do âmbito da filosofia da consciência para compreendê-la a partir do giro ontológico-linguístico (de uma *linguagem pública*, nos termos wittgensteinianos, como existencial do *Dasein*), se reforça a concepção da *unity of value thesis* (tese da unidade do valor) de Dworkin (2012), pois o valor a ser defendido pelo responsável por uma decisão judicial é aquele comum à comunidade política e não aos seus interesses ou a sua ideologia; o valor que pode alcançar a todos de maneira universal, o que reforça a autonomia do Direito, ao invés de submetê-lo ao tribunal da consciência pessoal de um julgador. Isso implica a defesa de certa objetividade no Direito, algo que se produz fora da mente do *Selbstsüchtiger*,²⁶ e, por isso mesmo, de modo seguro e democrático.

O reconhecimento disso pelos intérpretes responsáveis pelas decisões judiciais é imprescindível, porém, a realidade hodierna do Direito no Brasil não poderia ser mais distante do ideal, especialmente quando observado o Processo Judicial Eleitoral e o seu descolamento dos paradigmas mais recentes trazidos pelo

²⁶ Para Streck, o sujeito solipsista seria aquele que exurge com a falência do método e a ascensão de uma ideia que refuta o subjetivismo enquanto elemento de solução de interpretações, diz o autor (2014, p. 232): “[...] o método ‘morreu’ porque morreu a subjetividade que sustentava a filosofia da consciência (locus do sujeito solipsista *Selbstsüchtiger*). O método – supremo momento da subjetividade – soçobra diante da superação do esquema sujeito-objeto. *Método não é sinônimo de racionalidade*. Longe disso!”.

Código de Processo Civil de 2015, que teve como norte, claramente, estabelecer uma sintonia fina da ciência processual civil com a Constituição Federal.

Também na Justiça Eleitoral é necessário que exista uma proteção contra a relativização de direitos fundamentais do cidadão, principalmente no que tange ao exercício dos direitos políticos, o ativismo judicial e julgamentos a partir de argumentos teleológicos, que se baseiem em presunções e indícios (não em provas). Conforme permite a legislação eleitoral aqui já citada devem ser rechaçados, pois são desconformes ao nosso sistema jurídico.

Nesse sentido, o Art. 926²⁷ do Código de Processo Civil de 2015, tratado aqui no início deste tópico, já é uma importante vitória para a exigência, agora positivada, de coerência e de integridade na atuação jurisdicional, já que os tribunais, por seu texto, deverão se empenhar em harmonizar e tornarem íntegras suas jurisprudências. Daí a necessidade premente de que se absorvam os novos paradigmas do processo civil, que têm um viés fortemente constitucional. Andar por esse caminho é algo que não pode ser sequer colocado em cheque, como uma parte da doutrina jurídica nacional vem tentando fazer.

Sobre esse ponto, Streck (2016, p. 1.187) ensina que integridade e coerência, resumidamente, determinam aos tribunais o dever de lançar tratamento isonômico e constitucionalmente adequado para casos semelhantes:

[...] Decisão íntegra e coerente quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao Poder Público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada a constituição. [...] decidir com coerência e integridade é um dever e não uma opção ou escolha.

Nesse contexto, a integridade e a coerência devem ser reconhecidas não só como um instrumento de securitização da uniformidade do sistema (ou como meio legal de segurança jurídica), mas sim como direito (ou garantia) fundamental própria do Estado Democrático do Direito, sendo tão importante quanto os remédios constitucionais, a garantia do devido processo legal, dentre outros; e, a partir de

²⁷ Art. 926 - Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no Regimento Interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

agora, o texto do Art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 passa a ser também uma obrigação legal dos Tribunais.

Aliás, deveriam estar escritas, inclusive, no catálogo de direitos do Art. 5º de nossa Constituição Federal, mas essa ausência, podemos dizer, foi suprida pela norma de processo civil há pouco citada. Isso porque ambas, em uma leitura conjunta, estão relacionadas a um aspecto fundamental, que figura como objetivo do Estado: a igualdade.

Ainda na perspectiva dos avanços trazidos pela legislação processual em 2015, também considerável, repete-se, é que o legislador tenha, como mencionado anteriormente, se empenhado em retirar o adjetivo “livre” dos textos legislativos em relação ao convencimento do intérprete, porque agora – e deveria ter sido assim desde a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe o dever de fundamentação das decisões judiciais²⁸ – ele deve se contextualizar ao que está sendo posto em pauta no julgamento, deixando de ser, numa metáfora sobre dois paradigmas filosóficos, *Selbstsüchtiger*, para se mostrar *Dasein*.²⁹

Esse avanço precisa ser trazido para a Justiça Eleitoral, para que haja um Processo Judicial Eleitoral que incorpore os novos parâmetros trazidos pela legislação processual civil em 2015, de maneira efetiva e universalizada, não com uma ou outra manifestação de sobriedade no que tange à aplicação concreta da nova legislação processual, mas de maneira irrestrita. A tese da unidade do valor dworkiniana encontra respaldo do Direito brasileiro como a possibilidade de se aplicar a coerência e a integridade no processo interpretativo de construção/fundamentação da decisão judicial, compreendendo que duas dimensões são necessárias para a devida confirmação de legitimidade: uma interpretativa e outra procedural.

Tudo isso revela a preocupação do Direito com a verdade, uma verdade que não se dá *a priori*, mas que se mostra diante da análise de um caso concreto. Sobre isso, Motta (2017, p. 176) cita exemplos:

²⁸ Art. 93, IX da Constituição Federal.

²⁹ Importante evidenciar que a questão não é tão simples assim. Não se pretende uma instrumentalização da filosofia. Quando se menciona a passagem do *Selbstsüchtiger* para o *Dasein* está se tratando de um trânsito paradigmático na filosofia, que envolve uma série de elementos que já foram mencionados ao longo do texto: o papel da linguagem; o modo de visualizar a interpretação do mundo; a questão do método e etc.

[...] o exemplo de um juiz que manda um acusado para a cadeia, ou quem sabe o sentencia à morte; seria não apenas estranho, mas também aviltante, que, no curso de sua decisão, o julgador afirmasse que outras interpretações, que levariam a resultados contrários, fossem tão boas, tão justas ou tão válidas quanto aquela que ele próprio articulou. Seria igualmente extravagante que um amigo que exigisse do outro o cumprimento de uma promessa, concordasse que uma interpretação diferente do que foi dito, que levasse à conclusão de que não foi feita promessa alguma, fosse igualmente válida.

Necessário, pois, questionar-se a respeito de alguns enunciados performativos que pululam na atuação dos juristas, pelo fato de terem sido (até hoje são) ensinados nas faculdades como algo necessário ao estabelecimento do Direito como um todo; é o caso da falsa dicotomia entre *volunta legis* (vontade da lei) ou *volunta legislatoris* (vontade do legislador), defendida no positivismo, elementos positivistas, mais precisamente da época do exegetismo e do historicismo, respectivamente, em sede contemporânea de discussões sobre o giro linguístico-ontológico, que abandona o esquema sujeito-objeto para se deparar com a intersubjetividade e os jogos de linguagem. (STRECK, 2014).

A ilusão muito difundida nos meios jurídicos de que o intérprete pode se orientar pela vontade do legislador ou pela vontade da norma em si é um aparente contrassenso, utilizado sobremaneira no Direito brasileiro, nas mais diversas áreas, e serve de álibi argumentativo, para que o responsável pela interpretação leve a sua conclusão para o caminho que o seu gosto pessoal mais se conecta. É uma maneira de justificar decisões que não se coadunam com os limites de alcance da própria norma; e a razão desse entendimento é simples: adotando a visão de Streck (2018), levando em conta o paradigma contemporâneo da fenomenologia hermenêutica não há como aferir a intenção do legislador.³⁰

Em verdade, esse confronto pode ser considerado como ultrapassado, pois se trata de questão que representa uma das bases para a superação do paradigma

³⁰ Sobre o tema da intenção do legislador e o cotidiano jurídico, Streck (2018, p. 516) traz elementos importantes: “Herbert Hart vai dizer que a doutrina de que as leis são essencialmente ordens e, por isso, expressões da vontade ou intenção de um legislador estão sujeitas a muitas críticas. Alguns críticos têm-na considerado responsável por uma concepção conservadora da tarefa da interpretação das leis como uma procura da “intenção” do legislador, sem atenção ao fato de que, quando o órgão legislativo é um corpo artificial complexo, pode não só haver dificuldades em descobrir ou apresentar prova de sua intenção, como também não se dá um sentido claro à expressão “a intenção da assembleia legislativa”. Mesma crítica é feita por Kelsen e Payne (The intention of the legislature in the interpretation of statute, Current Legal Problems, 1956) – cf. HART, Herbert. O conceito de direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 267-268.

positivista normativo “no qual a norma jurídica tem natureza semântica e o direito é aplicado por subsunção com o objetivo de revelar a vontade da lei”. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 354).

A ultrapassagem desse modelo de aplicação direta, em que se faz uma adequação simples da norma-texto a um fato concreto, descontextualizada da norma, na qual ela tem um valor eminentemente semântico, significa se transpassar os limites colocados pelo positivismo, quer seja o primitivo³¹ quer seja o normativista.³²

Tal situação se faz necessária porque o Direito no contexto do pós-guerra, em que o Constitucionalismo passa a ter outra dimensão, começa a ser encarado de maneira diferente, como bem explica Streck (2006):

O novo paradigma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes, a plenipotenciabilidade dos discursos da fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélicos-tomistas e da filosofia da consciência. Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio, e o velho *modus*, interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro linguístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.

³¹ “No âmbito do Direito, o positivismo exegético foi a primeira fase de aplicação do pensamento positivista para o entendimento dos problemas jurídicos apresentados após a codificação. Com o advento da revolução francesa e a ascensão política da burguesia, tornou-se necessária a elaboração de um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas, com capacidade para garantir uma maior segurança jurídica no desenvolvimento das relações capitalistas. Nessa época, a burguesia buscava superar a fragmentação jurídica ainda existente na França, partindo da convicção de que poderia haver um legislador universal, com capacidade para aprovar leis válidas para todos os tempos e lugares, já que a sociedade francesa, anterior à codificação, possuía uma multiplicidade de direitos, limitados territorialmente, fazendo com que ao norte vigorassem os costumes locais (*droit coutumier*), enquanto no sul prevalecesse o direito comum romano (*droit écrit*). [...] Assim, no Estado Liberal, essa posição buscava uma verdadeira separação dos poderes, impedindo que os juízes criassem o direito e, ao mesmo tempo, viessem a invadir a esfera de competência do Poder Legislativo. Por tudo isso, para a Escola do Positivismo Exegético, toda interpretação da lei deveria sempre estar baseada na vontade do legislador. Mais tarde, os juristas perceberam que o Código não era capaz de cobrir toda a realidade. Dessa forma, para superar certas limitações existentes na Escola do Positivismo Exegético, surgiu o positivismo normativista, preocupado principalmente com o problema da indeterminação do sentido do direito e com o esgotamento do método sintático-semântico de interpretação dos códigos”. (LIMA, 2014, p. 133-134).

³² O positivismo normativista se percebe com o pensamento positivista proposto por Kelsen, em que defendia a possibilidade de compreensão mais singela do fenômeno jurídico, onde haveria uma identidade científica completa com a norma produzida pelo Estado. É entendido como positivismo normativista. Concepção desenvolvida em um cenário em que a intervenção do Estado nas mais diversas esferas da vida do cidadão crescia na esfera econômica e social. (MASCARO, 2012). Para essa visão desenvolvida por Kelsen, a ordem jurídica é a ordem das normas jurídicas existentes.

Trata-se de um período nominado de pós-positivismo, termo atribuído a Friedrich Müller, que serviu para configurar um novo paradigma para o Direito, instituído de acordo com uma metódica estruturante do Direito, o que não significa dizer que o referido autor intentou construir uma doutrina antipositivista; em verdade, houve uma tentativa de identificar os paradigmas positivistas e ultrapassá-los, dentro de um prisma que levasse em consideração os avanços da Filosofia da linguagem e da hermenêutica jurídica. (ABBOUD, 2015).

Nesse quadrante histórico há uma tentativa clara de se obter, através do Direito posto, uma limitação na atuação do intérprete, principalmente o responsável pelas decisões judiciais, para que este não ficasse confortável no sentido de cometer arbítrios.

Nesse contexto, é possível afirmar que o pós-positivismo vislumbrou dois objetivos centrais e se tornou a base para a superação do positivismo que era predominante naquela quadra histórica, na esteira da obra de Müller (2008), como ensina Abboud (2015, p. 5):

[...] (a) carrear as conquistas e as inovações filosóficas advindas do giro-linguístico para o direito e (b) sistematizar a teoria da norma atrelando a ao fenômeno decisório com o intuito de se superar a concepção de que decisão judicial seria mero ato de vontade ou uma operação mecânica de cariz silogístico. De forma resumida, a obra de Friedrich Müller é fundamental para expor que a superação do positivismo (que nunca deve ser um fim em si mesmo) precisa passar ao menos pelos seguintes enfrentamentos: (a) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (b) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção puramente artificial; (c) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada pelo silogismo, porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato – sem problema a se solucionar não há norma); (d) em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, o pós-positivismo supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e de direito.

Aqui se nota que os avanços da ciência filosófica, intimamente imbricada à ciência jurídica, são tão substanciais que não mais podem ser desconsiderados pelo Direito, pois isso traz efeitos diretos nas decisões judiciais, não podendo a atuação desse ramo do saber ser algo centrado somente na norma, fora da realidade posta. Essa necessidade foi ficando cada vez mais evidente, pois a prática judicial foi

deixando claro que a codificação não seria suficiente para prever todas as possibilidades que seriam postas ao Judiciário, o Direito teria que avançar mais para não ficar refém do entendimento pessoal de um julgador, dada a existência de uma lacuna legislativa incapaz de solucionar um caso concreto.

Para esse novo momento do Direito, em uma realidade pós-positivista, se faz necessário que o intérprete da atividade judicial internalize ao menos três elementos que são imperiosos para a compreensão e a realização interna desse paradigma (ABBOUD, 2014, p. 55-56):

[...] (a) diferença entre texto e norma; (b) a interpretação do direito deixa de ser ato que desvenda a vontade da lei (*volunta legis*) ou do legislador (*volunta legislatoris*); e (c) a sentença deixa de ser processo silogístico (não se aplica mais a subsunção). A adequada compreensão das diferenças entre texto (enunciado) e norma e, conseqüentemente, a aceitação da superação do silogismo e da interpretação como ato revelador da vontade da lei ou do legislador permitem dizer, por exemplo, que as súmulas vinculantes e a *ratio decidendi* (ou, como dizem os norte-americanos, a *holding*) extraída dos precedentes judiciais são nada mais do que textos normativos, que também precisam ser interpretados para o caso concreto no qual serão aplicados.

Visto esse ponto, fica evidente que a evolução do Direito impõe a superação da discussão que envolve a vontade da norma e a do legislador, porém o cotidiano da jurisprudência pátria ainda lança, sobremaneira, mão dessa diferenciação.

Streck (2014, p. 111-113) confirma esse entendimento:

[...] na era do Constitucionalismo Contemporâneo não tem mais sentido a dicotomia vontade da lei ou vontade do legislador, e reconhecermos os limites semânticos da Constituição é, aferir a validade das leis em conformidade com a Constituição, sem que tal caracterize retorno a qualquer postura exegetista operante no passado. De todo modo, é importante insistir que essa dicotomia não tem (mais) sentido no âmbito da superação dos paradigmas tradicionais da filosofia (metafísica clássica e metafísica moderna ou, se quisermos, os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência). Colocar o *locus* do sentido na coisa (lei) ou no sujeito (intérprete) é sucumbir à ultrapassada dicotomia sujeito objeto. Ora, dizer que o sentido está na lei ou sustentar que aquilo que o legislador quis dizer é mais importante do que aquilo que ele disse, não resiste a uma discussão filosófica mais aprofundada.

A noção do *applicatio*, podemos concluir, vem dos ensinamentos acima pontuados; a partir deles, ficam superadas quaisquer dicotomias entre objetivismos

e subjetivismos, seja no plano clássico, entre vontade da lei e vontade do legislador, seja no plano filosófico, para nos atermos somente, nesse momento, a esse ponto ora analisado, pois classicamente a linha entre *voluntas legislatoris* e *voluntas legis* é tênue e frágil,²⁹ podendo-se concluir que a citada dicotomia se sustentou como muleta para a colocação de entendimentos pessoais, perfazendo-se como fundamento ideológico, pois dependem, sempre, da vontade e das intenções do intérprete.

Ao trazer como ilustração a discussão que ora se coloca entre saber se o papel do intérprete é descobrir a vontade expressa na lei ou aquilo que foi pretendido por quem a criou, fica clara a necessidade de ressignificar o ato interpretativo, que, sob os pressupostos filosóficos assumidos a partir da CHD de Lenio Streck, ganha foros de atribuição de sentido,³⁰ a partir de um contexto compartilhado (daí a ideia de intersubjetividade inculcada na CHD).

²⁹ Esse limiar curto entre vontade do legislador e vontade da norma é exposto na doutrina de Streck (2018, p. 412): “Os juristas de todos os escalões têm-se perguntado: afinal, o que vale mais: a vontade da lei ou a vontade do legislador? Tem importância saber/descobrir o que é que o “legislador” quis dizer ao elaborar o texto normativo? Qual era a sua intenção? É possível descobrir “a vontade da lei”? Pode uma norma querer alguma coisa? É possível descobrir o “espírito” de uma lei? Muito embora existam, como veremos, defensores de ambos os lados, na grande maioria das vezes a adesão a uma corrente ou a outra é feita de maneira *ad hoc*, ocorrendo, não raras vezes, uma imbricação entre ambas. Portanto, no plano da Crítica Hermenêutica do Direito, fica extremamente dificultado o apelo tanto à intenção do legislador como à vontade objetivada na norma, que perdem terreno em face dos novos rumos que assume a interpretação do direito, a partir da superação do paradigma objetificante sustentado na matriz clássica (aristotélico-tomista) e da matriz moderna (filosofia da consciência). Como já referido, é evidente que o intérprete não poderá construir um novo texto, espécie de nova lei, que não guarde, nem de longe, relação com aquilo que se possa entender como desvelamento do sentido decorrente da síntese hermenêutica exurgente da copertença Constituição-texto infraconstitucional. O limite é a Constituição, enquanto manifestação ontológico-existencial. Por isso, entendo que a interpretação conforme, assim como a nulidade parcial sem redução de texto e os diversos tipos de sentenças “construtivas”, por serem mecanismos de adaptação/correção da legislação, estarão sempre no limite da tensão da relação legislação-jurisdição”.

³⁰ Esse termo é de extrema relevância na absorção da importância da Hermenêutica Jurídica contemporânea como vetor para mudar a realidade do Direito Brasileiro, mais uma vez Streck (2018, 413) lança luzes sobre essa situação: “Se entendermos a Constituição como mecanismo que se interpõe inclusive contra o desejo de maiorias eventuais, haverá ocasiões em que a intervenção do Judiciário será condição de possibilidade da própria validade do texto constitucional. Isso significa afirmar que, mesmo que de um texto se possam extrair a “intenção do legislador” (sic) e a “vontade normativa objetivada” (sic), o critério delimitador deverá ser o sentido que a ele devemos atribuir a partir do conjunto principiológico da Constituição. Ou seja, haverá ocasiões em que o legislador claramente deseja um determinado efeito, que, entretanto, colide, em parte, com o desiderato constitucional. A simples expunção do texto do universo normativo poderá gerar situações que redundem em retrocesso. Nesse caso, uma interpretação conforme poderá ser o remédio que adapte a nova lei ao sentido da Constituição, mesmo que isso contrarie o desejo da maioria parlamentar. Veja-se, por exemplo, o caso da cláusula de proibição de retrocesso social que, aplicada a determinadas situações, poderá gerar interpretações antitéticas com a “vontade da norma e a intenção do legislador”. De outra banda, calha registrar que, levando em conta a superação da dicotomia *voluntas legis voluntas legislatoris*, se torna irrelevante a discussão acerca do fato de que a norma a ser interpretada seja anterior ou posterior à Constituição. Os argumentos

Importante colocar o que assinalam Warat e Rocha (1994, p. 120). sobre o tema:

[...] os encarregados de aplicar as leis, os produtores das teorias jurídicas, os professores das escolas de Direito (os construtores das significações jurídicas) forjam uma realidade imaginária (colocada na perspectiva do senso comum) que fazem prevalecer como naturalismo. Um verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como realidade natural do Direito. Uma realidade imaginária que poderá ser considerada mítica, mágica (no sentido freudiano) capturadora, extravagante, mas que resulta imprescindível para a própria configuração do Direito na sociedade. A interpretação da lei seria impossível se os juristas decidissem sair da realidade mágica por eles mesmo instaurada.

Com essa reflexão, entra-se na parte final deste item do trabalho, pontuando a necessidade de repensar o modo de visualizar a aplicação do Direito, não apenas de forma setorial, no âmbito da Justiça Eleitoral, mas de maneira abrangente, isto é, atingindo todas as áreas do Direito. Não podendo a seara Eleitoral embasar-se em parte de sua legislação que não guarda adequação com os novos paradigmas do processo civil construídos a partir de pilastras constitucionais, que adotaram uma vinculação a um argumento de construção constitucional, para tentar ser uma ilha em meio a atuação da Constituição Federal e da nova legislação processual civil.

No primeiro momento, neste trabalho, objetivou-se demonstrar que os problemas que envolvem a decisão judicial e sua *qualidade constitucional* estão relacionados a um projeto filosófico que não compreende a interpretação como um ato de vontade; na Justiça Eleitoral não pode ser diferente. Por outro lado, para além desses elementos de filosofia, é preciso conciliar e reconhecer a Teoria do Direito, de maneira que esta assuma e reconheça a perspectiva filosófica na qual está envolta: que atente para os perigos de metodologias artificiais que direcionam o julgador à discricionariedade judicial.

2.3 Decisão Judicial na Teoria do Direito: o papel do Positivismo

Vivenciar a maneira pela qual as decisões judiciais na Justiça Eleitoral se perfazem e não reconhecer que um dos caminhos por onde os intérpretes mais

são precisamente os mesmos, com a agravante de que, para os textos normativos anteriores à Constituição, o novo fundamento de validade proporcionado pela nova Constituição tem o condão de ultrapassar, *in limine*, qualquer alusão a uma pretensa intenção do legislador”.

andam é o que advém da doutrina positivista é cegar para a prática cotidiana; daí a necessidade de adentrarmos no que representa essa doutrina e contextualizá-la perante o objeto central deste trabalho, que é a decisão judicial nos processos judiciais eleitorais e a sua inadequação aos novos paradigmas firmados pelo Código de Processo Civil de 2015.

É relevante que se perceba a dogmática jurídica, subjacente a essa atuação que impede os estudiosos do Processo Judicial Eleitoral projetar, com um mínimo de segurança, um grau razoável de previsibilidade das decisões, que tem como preocupação central a “racionalização das opiniões jurídicas”, cuja intenção é a de ser um “saber prático”, além de ser, também, “um tipo de pensamento tecnológico, visto que envolve uma sistematização de saberes técnicos, igualmente vinculados a uma *praxis*”. (MACEDO JUNIOR, 2017, p. 19).

No entanto, dizer que a dogmática jurídica corresponde a um “saber tecnológico” (FERRAZ JR., 1990) não significa, necessariamente, dizer que se trata do senso comum teórico dos juristas – ainda que seja esta a maneira como se dá o ensino jurídico no Brasil, conforme aponta a crítica de Streck (2014a). Ou seja, afirmar que o Direito possui, em certa medida, uma faceta técnica não significa que a dogmática tenha que se portar de maneira acrítica e descolada do contexto constitucional em que se encontra. Levando em conta a realidade do Processo Judicial Eleitoral, é imperioso que se entenda como isso se daria.

Primeiramente, é necessário que toda e qualquer reflexão que se produza seja imanente ao próprio sistema, isto é, o começo para se trabalhar criticamente com a dogmática é quando esta *assume*, com todo seu conteúdo, o próprio sistema jurídico.

Mas isso não é suficiente, precisa-se “que uma dogmática jurídica esteja apoiada em determinadas pressuposições acerca do que é o próprio direito” (MACEDO JUNIOR, 2017, p. 21); a que está inserta ao Processo Judicial Eleitoral não pode se distanciar desta realidade. Isso significa que a sistematização dos saberes dogmáticos tem que conter uma Teoria do Direito ou Filosofia do Direito como parte de sua fundamentação.

A Filosofia do Direito, sob essa ótica, é comumente concebida como a reflexão problematizante acerca do Direito. Ela está preocupada em questionar seus próprios fundamentos, ou seja, transcende o sistema jurídico vigente, ao contrário da dogmática. Assim, há um duplo movimento na crítica dogmática: a fidelidade

(democrática) de voltar-se ao sistema jurídico como a si mesmo, mas também a capacidade de produzir reflexões de fundo que problematizem a situação instituída.

Nesse sentido, Macedo Junior (2017, p. 27) coloca duas questões que podem servir para diferenciar o papel da Filosofia do Direito em relação à Teoria do Direito: primeiramente, a Filosofia do Direito contribui para a formação da Teoria do Direito; em segundo lugar, “ela continua investigando e, ao fazê-lo, constitui a própria teoria do direito em objeto de investigação, analisando-a, agora, como um objeto dogmático”. Quer dizer: trata-se de não ficar inerte após contribuir na formação da Teoria do Direito.

Essa evolução da Teoria do Direito e de sua relação com a própria prática jurídica e outras áreas do saber, como a Filosofia, é de fundamental importância; por essa razão, os momentos marcantes dessa relação serão destacados neste trabalho.

Valendo colocar que, no entanto, parece-nos que essa diferenciação entre Teoria e Filosofia do Direito, contemporaneamente, serve mais para fins didáticos. Isso porque, a partir da segunda metade do século XX, a discussão em Teoria do Direito toma novos rumos, sobretudo após a publicação da obra *O conceito de Direito*, de Hart (2009), como expõe a doutrina:

Tal fenômeno, por um lado, tem despertado o renovado interesse de filósofos sobre o direito e sobre o ‘tratamento jurídico’ de temas clássicos da filosofia política e moral, como democracia, legitimidade, bioética, justiça e interpretação. Porém, é curioso notar, por outro lado, que o debate contemporâneo sobre a teoria do direito tornou-se, no mesmo período, em especial a partir dos anos 1980, um debate de natureza metodológica e epistemológica. Ao ganhar tais contornos, tornou-se também cada vez mais ‘técnico’, por vezes hermético e indistinguível da agenda filosófica dominante nas escolas de filosofia, em particular aquelas de algum modo sensíveis às influências da filosofia da linguagem (em particular após a assim denominada ‘virada linguística’) de inspiração quineana, wittgensteiniana, heideggeriana ou afim. Isso tem tornado a produção teórica de ponta altamente técnica e especializada em especial, mas não exclusivamente, nos países de tradição anglo-saxônica, onde é mais forte a presença da filosofia analítica. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 20).

Como se pode perceber, uma das discussões centrais na supracitada virada metodológica diz respeito à própria natureza descritiva ou normativa do Direito. Trata-se de saber, também, qual a relação entre Direito e Moral; ou seja, de

compreender até que ponto as exigências jurídicas dos cidadãos se tornam exigências morais. Por outro lado, isso repercute em discussões que envolvem, por exemplo, a objetividade dos juízos morais, a possibilidade de respostas corretas no Direito, a relação entre teoria e prática, e discricionariedade judicial, dentre outros temas.

Um modo de justificar sobre como o questionamento acerca do conceito de Direito influencia questões atinentes a sua dogmática (como as que dizem respeito à fundamentação da decisão judicial, por exemplo) pode ser extraído da obra de Motta. Para este autor, uma Teoria da Decisão Judicial democrática precisa:

[...] advir de um procedimento constitucional adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin trata por participação moral [...]; por outro lado, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que dirigida à integridade, honre a responsabilidade enquanto virtude. (MOTTA, 2014, p. 275).

Aqui há um posicionamento que envolve a problematização do papel da Moral no Direito, fato que impacta sobre os critérios de fundamentação da decisão judicial, ou seja, na proposta de uma Teoria da Decisão Judicial. Isso revela, como foi dito no início deste texto, o quanto são relevantes, para a prática jurídica, as respostas que se dão à pergunta sobre “o que é o Direito?”. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 134). Para ilustrar ainda mais este debate, cita-se aqui Dworkin (2010, p. 263):

[...] os filósofos do direito que consideram seu trabalho descritivo ou conceitual, e não normativo, perderam a oportunidade de se juntar a esses debates e discussões, e, em decorrência disso, o domínio da filosofia do direito vem perdendo terreno em algumas universidades.

É possível concluir que Dworkin considera importante conjugar análises epistemológicas (descritivas, que atendem à pergunta pelo conceito de Direito), sem abrir mão do que normativa e substancialmente pode ser construído sobre a teoria jurídica.

Por sua vez, também se faz importante trazer o que Posner (2007) afirma sobre o tema; ele entende que há limites acerca da utilidade de preocupações teórico-jurídicas:

[...] A vertente pragmática que adoto enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a

efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática – em outras palavras, rejeita a ‘metafísica’ –, vê com olhar duvidoso a descoberta de ‘verdades objetivas’ em qualquer campo de pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e – nos limites da prudência – prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado. (POSNER, 2007, p. 4).

Este autor acredita que a teoria jurídica deva ser tratada de maneira interdisciplinar. Embora diga que há limites à utilidade de preocupações teórico-jurídicas; isso não quer dizer que seja um antiteórico radical, mas apenas um antiteórico mitigado, enfatizando que o raciocínio teórico só tem relevância se tiver continuidade com o raciocínio prático. Ou seja, as construções teóricas têm de ser guiadas pela experiência, e a ciência tem um papel relevante apenas se utilizada para o controle do ambiente em que se vive, e não como fonte de verdades absolutas. (ARRUDA, 2011).

Embora seja possível afirmar que o pragmatismo de Posner (2007) trata menos de uma Teoria do Direito (*stricto sensu*) do que de uma abordagem que busca transplantar a metodologia da análise econômica para o Direito, o exemplo de seu objetivo (anti)teórico serve para mostrar, em um nível mais amplo, a nova agenda metodológica da Filosofia do Direito, especialmente no que diz respeito à interdisciplinaridade.

Como já visto neste trabalho, um dos elementos fundamentais na nova agenda em Filosofia do Direito refere-se à “virada ontológico-linguística”, ocorrida no século XX, a partir de nomes como Wittgenstein e Heidegger, por exemplo. Destaque, também, para importantes autores da hermenêutica filosófica, em especial Gadamer, cujas teorias têm se mostrado úteis para a compreensão do processo interpretativo no Direito, a partir da CHD, de Streck.

Não há como se pretender que o Direito, encarando-o como ciência, mas em um aspecto geral, nas suas mais diversas vertentes (e a postura de seus agentes), reflita democracia sem se tomar conhecimento desses fatos, dos caminhos que a ciência jurídica atravessou, principalmente num ramo que lida com a estabilidade da democracia, como é o do Direito Eleitoral.

Neste trabalho, especificamente, se demonstra que essa noção tem uma conexão íntima com o Processo Judicial que se desenvolve na Justiça Eleitoral, e não pode ser encarado como uma ciência que sirva de ponte para que argumentos

de autoridade sejam refletidos no produto final de uma contenda que é a decisão judicial, não há como se pensar nesse desenvolvimento sem se reconhecer e aplicar as premissas que mudaram os paradigmas do processo civil, que deu uma guinada junto a uma base constitucional.

Decisões judiciais, em especial em processos judiciais na Justiça Eleitoral, precisam de um alto grau de adequação constitucional e de sofisticação (ou de justificação) teórica e não de argumentos de autoridade, por conta do exercício de uma determinada função. E é por isso que a pergunta sobre como se interpreta passa por reflexões filosóficas e jurídicas, que estão interconectadas. E se faz necessário esse nível de reflexão teórica para que se apontem os caminhos, as ferramentas pelas quais o intérprete antenado com o que existe no Direito Contemporâneo possa lançar mão, para não deturpar a sua atividade e contribuir para uma estagnação ou até mesmo um retrocesso nas práticas jurídicas, para quem atuará na Justiça Eleitoral. Isso se faz mais necessário ainda, pois se trata do ramo da Justiça que trabalha em prol da garantia dos primados democráticos mais caros.

Sob o recorte filosófico necessário para se impor a prática jurídica mais adequada ao contexto hodierno, imperioso, portanto, tratar disso, começando pela hermenêutica filosófica de Gadamer, fundamentalmente a partir da análise do *eis-aí-ser*, cuja discussão modifica o modo como era entendido o papel da compreensão/interpretação, rompendo com a ideia de método.

Em *Verdade e Método* (GADAMER, 2012), verifica-se, conforme Oliveira (2006, p. 227), que:

[...] Gadamer parte de Kant para ir além de Kant, na medida em que pretende precisamente mostrar que a constituição do sentido não é obra de uma subjetividade isolada e separada da história, mas só é explicável a partir de nossa pertença à tradição: eis-aí-ser não pode superar sua própria facticidade, daí sua vinculação a costumes e tradições que codeterminam sua experiência de mundo. É no horizonte da tradição de um todo de sentido que compreendemos qualquer coisa, o que manifesta que não somos simplesmente donos do sentido. A Hermenêutica de Gadamer é conscientemente uma hermenêutica da finitude, o que significa para ele a demonstração de que nossa consciência é determinada pela história.

Na esteira da importância da Filosofia nesse contexto, interessante expor que a preocupação de Gadamer consiste em desenvolver uma hermenêutica

antirrelativista, que se “aproprie das noções de Filosofia Hermenêutica e da fundação epistemológica das ciências do espírito” (MOTTA, 2014, p. 211); ou seja, a preocupação de Gadamer é com “as condições de possibilidade de se fazerem interpretações corretas” (MOTTA, 2014, p. 211), neste ponto, o casamento da filosofia com o Direito fica mais do que evidente, necessário.

Como uma crítica jurídica não pode ficar restrita aos aspectos filosóficos, é importante analisar as escolas interpretativas que procuraram indicar meios para interpretar e construir caminhos para quem decide, até porque uma das razões desta tese é propor um caminho pelo qual o intérprete possa trilhar para se chegar a uma resposta judicial mais adequada constitucionalmente, o que aqui se chama de Roteiro Hermenêutico e será abordado mais adiante neste trabalho.

A exposição acima realizada demonstra que o modo como se visualiza o ato interpretativo (através de uma metodologia específica ou não) repercute diretamente na aplicação do Direito. Por outro lado, como já mencionado, o papel da linguagem na pergunta sobre como se produz sentido sobre algo também é determinante na identificação de posturas judiciais. No Direito, essas questões filosóficas se vinculam a correntes ou escolas de pensamento (Teoria do Direito). Por isso, na sequência, será iniciado o estudo daquelas que, na visão deste trabalho, mais se destacam, levando em conta a tradição brasileira refletida no cotidiano da Justiça Eleitoral.

Longe deste trabalho o objetivo de dissecar o assunto, mas é imperioso que se trate do ponto referente à Teoria do Direito, assunto que sempre vem à baila quando a discussão tem relação com decisões judiciais discricionárias desvinculadas de uma técnica jurídica mais apurada, o termo Positivismo Jurídico, que, conforme se verá aqui, enseja várias vertentes com cada uma delas possuindo suas nuances, visto que muitas delas podem se encaixar no que se presencia no cotidiano da Justiça Eleitoral, mesmo que aqueles que pratiquem atos que se liguem a essa corrente sequer tenham noção disso.

Inicialmente é imperioso entender-se que se trata de “um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada” (STRECK, 2017, p. 159) para tanto. Nos locais da Europa em que o movimento foi se consolidando, as autoridades legitimadas para produzir o material que o jurista deveria se vincular e validar suas posições eram diferenciadas.

O mesmo autor informa que, na França, era a Lei produzida pelo legislador racional (com inspiração iluminista, também conhecido como positivismo exegético);

na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos produzidos pelos juristas-professores (o que era conhecido também por jurisprudência dos conceitos); e, na Inglaterra, os precedentes produzidos pela autoridade política competente (conhecida como jurisprudência analítica).

A base central do movimento Positivismo Jurídico era o científico, de Auguste Comte, no qual só existem fatos, e o conhecimento científico deveria ser reconhecido como único que seria verdadeiro; daí se entende, para os defensores dessa posição, a ideia de que fatos científicos têm uma conexão com fatos sociais a partir de autoridades legitimadas que os criaram de maneira legítima.

No Direito do século passado, o pensamento precípua era o do *Positivismo Jurídico* (LOSANO 2010, p. 25) que através de seus propagadores, no século XIX, [...] “retomaram teses importantes dos enciclopedistas franceses e dos empiristas ingleses dos séculos XVII e XVIII” (MULLER, p. 96), o que comprova a conexão entre positivismo científico, de Comte, e o jurídico, que poderia ser destacado em algumas partes. Streck (2014b) fala sobre a distinção feita por Norberto Bobbio entre três facetas do Positivismo que podem ser observadas no decorrer do tempo, quais sejam, o Positivismo ideológico, o teórico e o metodológico/conceitual.

O primeiro seria:

[...] caracterizado em posturas que defendem a tese de que o direito positivo possui força obrigatória, devendo ser por todo obedecido e aplicado pelos juízes, independentemente de um julgamento acerca dos escrúpulos morais que o envolvem. (STRECK, 2014b, p. 20).

A partir do supracitado, percebe-se que há profunda divisão entre Direito e Moral³³ a partir da ideia positivista. Quanto ao Positivismo teórico, “trata-se da estrutura do ordenamento jurídico e do arcabouço teórico para sua compreensão [...] o direito seria formado de forma exclusiva e predominante por preceitos legislativos”. (STRECK, 2014b, p. 21).

Nesse horizonte, o Direito se configura como lei e, diferentemente do ideológico, a sua natureza advém de um “imperativo dedutivismo conceitual” (STRECK, 2014b, p. 22), isto é, não se confunde com Moral, não permitindo que o Direito fosse corrigido, ou modificado por meio desta.

³³ Uma das características que os doutrinadores estudiosos do Positivismo e de suas mais diversas vertentes não conseguem fugir é a questão da separação do Direito e da Moral, como bem aponta Francesco Viola (1990): “Tutti gli studiosi, che si sono cimentati nell'arduo compito di fissare i caratteri del giuspositivismo, hanno inserito tra questi la separazione del diritto dalla morale”.

No último juspositivismo elencado na lista acima, o Direito deve ser entendido de acordo com propriedades descritivas, tendo em vista que “as proposições utilizadas pelos juristas para descrever o direito [...] estão fundadas apenas em critérios de verificação observáveis empiricamente”. (STRECK, 2014b, p. 22). Isso quer dizer que o Direito não deve ser analisado sob uma ótica valorativa.

Essa desvinculação entre a Moral e o Direito é uma das características mais contundentes do Positivismo Jurídico. Há, fundamentalmente, algumas teses sobre a interação entre Direito e Moral, descritas pelo mesmo autor: a) Vinculação (jusnaturalismo); b) Separação (Positivismo Jurídico – Kelsen, Hart, Ferrajoli, entre outros); c) Complementaridade (Alexy); e d) Cooriginariedade (Dworkin, Harbemas e Streck): institucionalização da moral no direito e não uma pretensão corretiva.

Para contextualizar, é adequada a compreensão de que, em meados do século XX, a doutrina dominante era o Jusnaturalismo, o que traz a necessidade de se reconhecer que esta “remonta às representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estóicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX”. (STRECK, 2016, p. 127-128).

O Direito natural possui uma característica dualista, isto é, “a teorização do Direito natural não apenas aceita, mas antes pressupõe a existência de um outro sistema normativo terreno [...] para dar concreção e funcionamento cotidiano aos seus respectivos ideais de elevada justiça”. Por sua vez, o Positivismo Jurídico é monista, ou seja, “a fonte do direito é apenas uma”. (FERREIRA, 2018, p. 45-46).

O Jusnaturalismo, em suma, “repousa sobre a concepção de que ele seria encontrado no mundo da natureza, não na sociedade”. (GRAU, 2009, p. 225-226). Para aprofundar um pouco mais sobre essa doutrina, suas vertentes devem ser observadas *in verbis*:

- a) O jusnaturalismo cosmológico, vigente na antiguidade clássica;
- b) O jusnaturalismo teológico, surgido na Idade Média, tendo como fundamento jurídico a ideia da divindade como um ser onipotente, onisciente e onipresente;
- c) O jusnaturalismo racionalista, surgido no seio das revoluções liberais burgueses do século XVII e XVIII, tendo como fundamento a razão humana universal;
- d) O jusnaturalismo contemporâneo, gestado no século XX, que enraiza a justiça no plano histórico e social, atentando para as diversas acepções culturais acerca do direito justo. (SOARES, 2008, p. 28).

No começo do século XX, houve uma crise dos valores tradicionais, por conta de influências do pensamento irracional; é nesse contexto que uma doutrina que afronta o jusnaturalismo vai ganhando corpo, valendo colocar a respeito do facismo e do nacional-socialismo, que são, para Losano, obra da modalidade forte do irracionalismo, já que a maneira fraca desta percepção não racional vocifera que “os valores são emoções, e não objeto de conhecimento científico”. Daí deriva o relativismo “em relação aos valores que caracterizam tanto a democracia liberal quanto o Positivismo Jurídico”. (LOSANO, 2010, p. 26).

Com base no exposto, é possível afirmar, como faz Streck (2012, p. 505), que o Positivismo Jurídico representa um avanço das ideias jusnaturalistas:

Isso significa que, quando se afirma, como também fazem Arthur Kaufmann (2002) e Castanheira Neves (2003), que o Positivismo Jurídico representa uma consequência ou a consagração dos ideais jusnaturalistas, está-se a falar do jusnaturalismo moderno e não do jusnaturalismo clássico (greco-medieval). Do mesmo modo, é preciso ressaltar que Positivismo Jurídico e Direito positivo são coisas distintas. [...] A grande questão é que esse Direito positivo devia estar enquadrado numa ordem objetiva de coisas encontrada na natureza. Já no caso do Positivismo Jurídico que tem lugar na modernidade, sua característica individualizante – registre-se, herança do nominalismo medieval – e seu caráter de representação sistemática do mundo acabarão por se opor ou simplesmente desconsiderar a existência de um Direito Natural tal qual apresentado pelas doutrinas clássicas.

Diante deste panorama, reconhece-se que uma das problemáticas mais abordadas, ao se tratar do Positivismo Jurídico, dado o fato de poder ser considerado como a consequência dos ideais jusnaturalistas, é, repete-se, a abordagem a respeito da cisão entre Direito e Moral no contexto do Positivismo Jurídico Contemporâneo.

Existem algumas maneiras de abordar a situação, mas para ir direto ao ponto em que este trabalho se filia, concorda-se aqui com a tese da cooriginariedade, alinhando-se com os entendimentos fixados por Dworkin (1999) e Habermas (1997), de modo a possibilitar uma neutralidade normativa imediata para o Direito e o de complementaridade procedimental, através do qual o universo jurídico – via procedimento legislativo – recebe luzes do universo moral.

Essa tese defende que os problemas jurídicos têm o mesmo campo de atuação da moral e que o deslinde de uma questão jurídica não depende de uma

questão epistemológica que exija uma abordagem específica para verificação de sua correção moral, mas que, em se decidindo de modo correto, já estará desde sempre albergada, ao mesmo tempo, pelo direito e pela moral. Isso, entre outras coisas, porque não existe uma separação entre razão teórica (direito) e razão prática (moral). (DWORKIN, 1999; HABERMAS, 1997).

Então, nessa construção de conhecimento Direito e Moral sofrem uma cisão, mas são cooriginais de maneira que “sua comum origem faz com que a institucionalização da moral no direito por intermédio dos princípios leve o intérprete a fechar a interpretação”. (COSTA; LIMA, 2017, p. 62).

A Cooriginalidade é, pois, um dos elementos cruciais para a manutenção de um Estado Democrático de Direito e para a aplicação de uma Teoria da Decisão Judicial, porque reforça os compromissos (na forma de valores da comunidade política, institucionalizados na Constituição) do julgador com a democracia, como ensina Streck (2010, p. 170):

Obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente e construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Portanto [...] estamos falando, hoje, de uma outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir da revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra).

Após a larga aceitação das obras de Dworkin, nas quais ele implementou sua ideia de cooriginariedade entre Direito e Moral, para contrabalancear os excessos que o Positivismo Jurídico latente na segunda metade do século XX possibilitava, e as suas críticas ao próprio movimento do Positivismo Jurídico, aconteceu a divisão desta doutrina em dois braços bem diferenciados, o positivismo inclusivo (ou inclusivista) e o positivismo exclusivo, o próprio Dworkin (2010, p. 266) os explica:

A primeira delas é o positivismo ‘exclusivo’, que insiste na tradicional tese positivista de que aquilo que o direito exige ou proíbe não pode jamais depender de qualquer critério moral. Colemanchama o professor Joseph Raz, de Oxford, de principal patrocinador contemporâneo do positivismo exclusivo, e discute as opiniões de Raz com certa profundidade. A segunda modalidade de positivismo é o positivismo ‘inclusivo’, que permite a introdução de critérios morais

no texto para identificar o direito válido, mas somente se a comunidade jurídica tiver adotado uma convenção que assim o determine.

Abel (2011, p. 34) resume essa diferenciação da seguinte maneira:

[...] a diferença essencial entre ambos reside no fato de que o positivismo inclusivo aceita a possibilidade de existirem casos em que o Direito seja determinado por considerações morais, hipótese que o positivismo exclusivo não admite. No entanto, via de regra, essa “abertura” do positivismo inclusivo para a moral é muito mais limitada do que na teoria integrativa de Dworkin, embora claramente inspirada por esta.

O ensinamento de Barberis (2013) também caminha no mesmo sentido; há uma tentativa de conciliar Direito e Moral por parte dos inclusivistas, de maneira que um Direito que não respeite a Moral só ocorreria em casos extremos:

Il difetto dell’interpretazione inclusivista della Tesi della separabilità, peraltro, è che essa è troppo conciliante: rifiuta solo la Tesi della connessione necessaria, ammettendo per il resto qualsiasi connessione contingente fra diritto e morale. Nelle sue versioni inclusiviste più recenti, la Tesi della separabilità significa solo che il diritto è quasi sempre connesso alla morale; un diritto non rispettoso della morale, per i giuspositivisti inclusivi, diviene solo un caso estremo.³⁴ quasi non vi fossero ancor oggi, in tutto il mondo, centinaia di sistemi giuridici che violano quotidianamente la morale. La differenza fra giuspositivismo inclusivo e neocostituzionalismo diviene così tanto sottile – specie rispetto al diritto degli Stati costituzionali, tendenzialmente rispettosi della democrazia e dei diritti – da far sbrigativamente concludere al solito Dworkin che in realtà si tratterebbe della *stessa* dottrina.³⁵

Importante colocar a respeito desses tipos de positivismo, ressaltando novamente, sem a intenção de tratar do assunto de maneira completa, mas para fins de informação ilustrativa sobre a questão relevante que é, possibilitando um entendimento sobre o nível de desprendimento científico que decisões judiciais

³⁴ Verificar Cf. Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford UP, 2001, specie 185-209.

³⁵ O autor entende que o defeito da interpretação, que abrange os inclusivistas, da tese da separabilidade, no entanto, é que ela é muito conciliatória: rejeita apenas a tese da conexão necessária, admitindo para o resto qualquer conexão contingente entre lei e moralidade. Em suas versões inclusivistas mais recentes, a Tese da separabilidade apenas significa que a lei está quase sempre ligada à moralidade; um direito que não respeita a moralidade, para os positivistas jurídicos inclusivos, torna-se apenas um caso extremo: quase como se ainda houvesse hoje, em todo o caminho, centenas de sistemas legais que violam o cotidiano moral. A diferença entre o positivismo legal inclusivo e o neoinstitucionalismo torna-se tão sutil - especialmente no que diz respeito à lei dos estados constitucionais, tendencialmente respeitosa da democracia e dos direitos – que apressadamente se pode concluir como costume de Dworkin, que na realidade seria a mesma doutrina.

calcadas tão somente na boa (ou má) vontade (ou fé) de um julgador, principalmente na seara eleitoral, estão inseridas.

Continuando o assunto, o excesso com a condição de causar mais estragos ao cidadão comum é um traço característico dos diversos positivismos jurídicos; tem-se como ponto central a questão da discricionariedade, onde se tenta enquadrar o intelecto ao objeto, o que pode ser encarado como a principal, mais grave e criticável falha desta doutrina, como destaca Abel (2011, p. 8):

O segundo ponto talvez seja ainda mais importante, e diz respeito a práxis da prestação jurisdicional no Brasil. Isso porque a inquestionável e assentada vitória da crítica ao Positivismo Jurídico no campo das ideias não teve o condão de eliminar da prática judiciária (e nem mesmo da mentalidade dos juristas) a mais grave e criticável falha do Positivismo Jurídico, qual seja: a discricionariedade judicial.

Sob esse viés, nosso trabalho lança suas bases. A discricionariedade judicial se trata de elemento crucial para a doutrina positivista,³⁶ situação essa que surgiu por conta da “cisão entre a validade e legitimidade do Direito”. Dessa maneira, “as questões de validade deveriam ser resolvidas em sede de Teoria Jurídica Positivista, ao passo que questões referentes à legitimidade [...] deveriam ficar sob análise da Teoria Política. (FERREIRA, 2018, p. 41).

Para Kelsen, as normas válidas eram dotadas de um tríplice significado, por serem pertencentes ao sistema jurídico, existentes e obrigatórias, ou seja, eram vinculantes tanto para os cidadãos quanto para os juízes. (BARBERIS, 2011).³⁷ Por esse tipo de fato é que se crê que esse verbete Positivismo Jurídico tem levado ao

³⁶ Sobre a discricionariedade, Kelsen defendia que ela deveria ser mais ampla no caso dos legisladores (sendo que ele entendia que ser discricionário era escolher a norma a ser aplicada, vez que, para ele, a norma jurídica tinha um horizonte de significado) e mais restrita nos casos dos juízes quando da aplicação das leis. Nesse sentido, Mauro Barberis (2013) assenta: “Nel corso del Novecento, ancora, molti giuspositivisti hanno difeso forme di scetticismo interpretativo moderato; il teorico giuspositivista per antonomasia, Kelsen ha sostenuto che ogni disposizione consiste solo di una cornice (ted. *Rahmen*) di significati, entro la quale l'interprete sceglie la norma da applicare: con una discrezionalità più ampia nel caso del legislatore che applica la costituzione, più ristretta nel caso del giudice che applica la legge”. Assim, para esse Autor, durante o século XX, muitos positivistas legais defenderam formas de ceticismo interpretativo moderado; o teórico legal por excelência, Kelsen argumentou que toda provisão consiste apenas de um quadro de significados, dentro do qual o intérprete escolhe a norma a ser aplicada: com uma maior discricção no caso do legislador que aplica a Constituição, mais restrito no caso do Juiz que aplica a lei

³⁷ Essa assertiva de Mauro Barberis (2011) se extrai deste texto: “Kelsen ha sempre sostenuto, in effetti, che l'espressione 'norma valida' abbia il triplice significato di norma appartenente al sistema giuridico, norma esistente, e anche norma obbligatoria: ossia vincolante per giudici e cittadini”. Ou seja, no entendimento deste autor Kelsen sempre sustentou, de fato, que a expressão "padrão válido" tem o triplo significado de uma norma pertencente ao sistema legal, uma regra existente e também uma regra obrigatória: isto é, obrigatória para juízes e cidadãos.

estabelecimento de grandes desafios semânticos através dos anos, haja vista que seu conceito não consegue ser completamente delimitado, tornando-se um “fenômeno complexo”. (STRECK, 2017, p. 159).

Existindo constantemente o agravante de que nem sempre os autores referem-se ao mesmo Positivismo Jurídico sem que sejam feitos os devidos enquadramentos teóricos, tratando na generalidade algo que possui contornos específicos, temporais e contextuais, há a necessidade de se discorrer sobre as diferenciações aqui colocadas a partir de diferentes expoentes da Doutrina Jurídica.

Vale também colocar a visão de Losano (2010), que traz à baila três tipos principais de Positivismo, em seu entendimento, quais sejam: o Psicológico (ou clássico), o Sociológico e o Jurídico. Para ele, “depois da fase religiosa e da metafísica, o conhecimento culmina na fase positiva, que introduz nas ciências sociais uma precisão análoga à Matemática e às ciências naturais”, caracterizando o primeiro positivismo, também denominado de comtiano. (LOSANO, 2010, p. 29). Dessa espécie, ainda adveio a noção de invalidade dos valores para o método científico, tendo em vista ser impossível “demonstrar cientificamente que é bom o valor com que nós identificamos ou que é mau o valor dos nossos adversários” (LOSANO, 2010, p. 30).

Na sequência, o autor faz referência ao Positivismo Lógico, aquele em que neopositivistas empiristas se congregaram no Círculo de Viena, onde a grande missão era examinar a linguagem, para que fosse criada uma nova, que construísse pontes entre as ciências naturais e as ciências da cultura.

Necessário, pois, retomar o raciocínio que venha explicar a situação a qual se chegou até esse cenário hodierno, vivenciado no Brasil, principalmente na realidade da Justiça Eleitoral, em que a discricionariedade judicial se tornou relevante e o Positivismo Jurídico passou a prevalecer principalmente entre os teóricos da Filosofia do Direito, pois as escolas de pensamentos que se desenvolveram serviram de base para a fixação das ideias que se estabeleceram na segunda metade do século XX.

2.3.1 O Papel das Escolas de Pensamento, Hebert Hart, Josef Raz, Scott Shapiro e Ronald Dworkin no Desenvolvimento do Positivismo

Quando da Revolução Industrial, a sociedade sofreu profundas modificações. Vários movimentos jurídicos surgiram por conta desse contexto. Um deles é o da Escola Histórica, no contexto alemão. Ela foi fundada por Friedrich Carl Savigny, que rechaçava a interpretação teleológica. Para ele, o juiz deve obedecer ao que é disposto pelo fato. (LARENZ, 1994, p. 33).

De acordo com esse movimento, o Direito faz parte da cultura de uma determinada sociedade e, por isso, deve se modificar para atender aos anseios dessa mesma comunidade, preenchendo as necessidades à medida que aparecem. O Direito precisa de um desenvolvimento em termos históricos. Seria uma estrutura viva e mutante (HORN, 2005), mas não pode se desapegar das formas nas quais a sua segurança é construída.

A abordagem feita pelo maior expoente da Escola Histórica, ou seja, por Savigny, servirá para demonstrar que os problemas refletidos pelos estudos de casos são inerentes à visão construída pela cultura em que a sociedade contemporânea se insere. E, aqui, diferente do que ocorria com a Escola da Exegese, não se vê uma identificação direta e exclusiva entre Direito e lei; ao contrário, a Escola Histórica abre a compreensão do fenômeno jurídico (e, mais especificamente, da interpretação jurídica) a aspectos que vão além do enunciado legal (que estavam relacionados ao papel dos eruditos, dos *pensadores* do Direito).

Para Savigny (2001), a lei é feita no contexto de determinados paradigmas. Diferente da Escola da Exegese, considera-se a possibilidade de modificações externas às fontes primárias do Direito (para que se possa evoluir conjuntamente à sociedade em que se insere). O papel do jurista no sistema da escola histórica é estudar as fontes oriundas da lei e, dessa forma, conseguir chegar à *mens legislatoris*, restrita às suas fontes originárias, que devem se modificar conforme as transformações da sociedade.

Assim, mesmo que a princípio pareça que a Escola Histórica pouco tem de positivista, vale lembrar que ela nega todo o valor superior à história e, no fundo, reduz o direito ao próprio fato das normas em vigor”, já que apresenta “um método formalista visando fazer do Direito um tipo de ciência pela elaboração científica em vigor”. (BILLIER; MARYOLI, 2005, p. 191). Trata-se de uma corrente de pensamento

que entende que o Direito se desenvolve no meio do povo tal qual a língua falada, entendendo que Direito e Política são um binômio indissociável. (LOSANO, 2015).³⁸

Com os dados suprademonstrados, entende-se que, mesmo que *a priori* não pareça (porque volta-se para algo além do exegetismo, isto é, além da

³⁸ Losano ao tratar do assunto faz referencia a Pietro Luigi Albinì, que afirma: “Il diritto si sviluppa nel popolo e per mezzo del popolo come la sua lingua” (e quindi lo strumento più adatto ad esprimere ogni concetto è “la lingua nazionale”. (ALBINI, 1839, p. 327). Ou seja, “O direito se desenvolve no povo e por meio do povo assim como sua linguagem” (e, portanto, o instrumento mais adequado para expressar cada conceito é “a língua nacional”). Alguns anos depois o mesmo autor afirmou: “Il diritto è per lo più una conseguenza della condizione e delle vicende politiche di un popolo, e l’espressione del suo stato intellettuale e morale” (ALBINI, 1847, Prefazione, p. XI), ou seja, “O Direito é principalmente uma consequência da condição e dos eventos políticos de um povo, e a expressão de seu status intelectual e moral. Para Losano Albinì, ao se associar a convicção da aplicação do Direito a uma atividade inovadora do ponto de vista normativo, não há como fugir da ligação que a política passa a ter nessa atividade de criação de normas, até mesmo porque o Poder destinado a criá-las é o Legislativo e não o Executivo. Nesse sentido, Losano (2015, p.11) coloca: “L’attività di giurista pratico porta Albinì ad associare questa convinzione all’applicazione e all’innovazione del diritto positivo: quindi per Albinì diritto e politica costituiscono un binomio inscindibile”, trazendo para o português, “A atividade do jurista prático leva Albinì a associar essa convicção à aplicação e inovação do direito positivo: portanto, para Albinì, a lei e a política constituem um binômio inseparável”. Essas colocações são importantes, porque Pietro Luigi Albinì foi um pioneiro no estudo da Filosofia do Direito na Itália. Para Losano (2015, p. 3), a sua obra se destaca pela Filosofia do Direito, da Enciclopédia do Direito e da História do Direito, com uma tomada de posição sempre em favor da liberdade dos cidadãos (como no caso da pena de morte e da liberdade de ensino), tendo o mesmo afirmado: “Le principali opere di Albinì si possono organizzare in tre filoni che si intersecano costantemente nella sua vita: la filosofia del diritto, l’enciclopedia del diritto e la storia del diritto e, infine, le sue prese di posizione sui diritti e sulle libertà del cittadino, in particolare sulla pena di morte e sulla libertà d’insegnamento”, para Losano, então, “As principais obras de Albinì podem ser organizadas em três vertentes que se cruzam constantemente em sua vida: a filosofia do direito, a enciclopédia do direito e a história do direito e, finalmente, suas posições sobre os direitos e liberdades do cidadão. , em particular sobre a pena de morte e a liberdade de educação”. Por esta razão, o próprio Losano destaca o ponto de vista que ele adota a partir das Lições de Albinì, no sentido de que o Direito se desenvolve no meio do povo tal qual a língua falada; seria uma ciência que refletiria as vivências políticas de um povo e expressão do seu estado intelectual e moral, até mesmo porque é através da política, da mediação de vontades e interesses, próprios dos poderes que tem seus representantes eleitos pelo voto popular. É que o Direito se constrói de maneira sólida e não por meio de movimentos particulares através do entendimento de algum julgador que entende ser mais iluminado do que a estruturação do processo institucional democrático, construído para dar segurança a sociedade e não a atuação deste ou daquele agente político. Losano (2015, p. 3) trouxe isso para sua obra colocando que: “A fondamento dell’intera sua opera sta una visione del diritto come prodotto dello “spirito del popolo”, secondo gli insegnamenti della Scuola Storica tedesca: “Il diritto si sviluppa nel popolo e per mezzo del popolo come la sua lingua” (e quindi lo strumento più adatto ad esprimere ogni concetto è “la lingua nazionale”). (ALBINI, 1839, p. 327). Anche più tardi ritorna questa convinzione: “Il diritto è per lo più una conseguenza della condizione e delle vicende politiche di un popolo, e l’espressione del suo stato intellettuale e morale”. (ALBINI, 1847, Prefazione, p. XI). L’attività di giurista pratico porta Albinì ad associare questa convinzione all’applicazione e all’innovazione del diritto positivo: quindi per Albinì diritto e politica costituiscono un binomio inscindibile. A questo duplice indirizzo fa riferimento anche il titolo della sua prima opera del 1839 (ALBINI, 1839). L’intera scienza giuridica comprende per lui la filosofia, la storia e la pratica del diritto – e questa tripartizione è richiamata all’inizio del volume attraverso una citazione di Vico (1720, p. VII)”. Portanto, para Albinì, a lei e a política constituem um par inseparável sendo o título de seu primeiro trabalho de 1839 (ALBINI, 1839) uma referência a esse duplo endereço. Toda a ciência jurídica inclui para ele a filosofia, a história e a prática do direito - e este tripartido é lembrado no início do volume através de uma citação de Vico (1720, p. VII).

correspondência entre lei e Direito), a Escola Histórica foi um grande marco para o desenvolvimento da corrente positivista jurídica.

Entendido os motivos pelos quais essas escolas se tornaram importantes na fixação das ideias do Positivismo Jurídico, volta-se ao tema, desde o século XIX, quando toda a sorte de ramos, braços, de positivismos foi gerada. Contudo, ainda que haja tal multiplicidade de vertentes e cada uma delas possua suas idiossincrasias próprias, compreender isso é imprescindível para que se internalize que o intérprete do Processo Judicial Eleitoral vislumbre o espaço onde está inserido, que é preciso uma densidade diferenciada da parte de quem lida com este ramo da Justiça, não há como se aceitar a forma rasa como boa parte das faculdades de Direito pátrias tratam o Direito Eleitoral, o Processo Judicial Eleitoral, a começar pelo fato de não ser, muitas vezes disciplina nem obrigatória e nem opcional da grade curricular.³⁹

Necessário então que se aprofunde esse ponto, e, seguindo essa esteira, para tanto é imperioso se reconhecer que Hans Kelsen é o primeiro positivista pós-exegético, e sua proposta afirma que a validade da norma jurídica não pode advir de qualquer elemento factual.

Dessa maneira, “a validade da norma advém, então, de uma norma superior, e esta, por sua vez, de outra norma ainda mais superior”. (STRECK, 2017a, p. 159). A Teoria Pura do Direito, fundada pelo citado jurista e filósofo austríaco, é eminentemente formal, haja vista que (i) cria a possibilidade de que o discurso jurídico se firme de forma categórica; (ii) não trata o conteúdo com tanta ênfase como faz com a formalidade; e (iii) delimita o arcabouço formal necessário para o plano da existência de uma norma. (VASCONCELO, 2010, p. 150).

³⁹ Conceitualmente o Direito Eleitoral é um ramo do Direito tratado enquanto ciência, sistematiza as normas eleitorais, disciplina desde os atos preparatórios para as eleições até a análise processual que pode advir dos resultados das eleições, sistematizando e se debruçando sobre normas legais específicas que dizem respeito ao processo político-eletivo, sendo construído “em conceitos de soberania, democracia, participação popular, voto, sufrágio, mandato e representação”. (ZILIO, 2012, p. 17). Por essa razão é espantoso que as grades curriculares das faculdades via de regra não deem uma importância à esse ram do Direito, pois ele é básico para a compreensão das estruturas de uma Democracia, de maneira que deve ser entendida enquanto disciplina básica para a Ciência do Direito no Brasil, vez que se trata de área o específica para regulamentar o exercício da soberania, com ferramentas e instrumentos que possibilitam assegurar a lisura do pleito eleitoral, proporciona maior segurança jurídica à escolha dos representantes populares, legitimando o mandatário público, de maneira a efetivar o regime democrático (VELLOSO; AGRA, 2009), por essas razões a sua absorção pelo pretense jurista em formação deveria ser algo básico.

Além disso, se utiliza de uma linguagem ora descritiva ora prescritiva, para definir os limites entre realidade e normatividade, entre o mundo do ser e do dever ser, como ensina Losano (2015, p. 30):

Infatti il modello descrittivo kelseniano contiene anche le regole per costruire il modello stesso, e questo spiega la presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto. Si trattava insomma di indicare dove correva il confine tra realtà e normatività, tra mondo dell'essere e mondo del dover essere, fra i quali – affermava Kelsen – non doveva esserci alcun rapporto.⁴⁰

Faz-se, então, presente na teoria precitada o dever ser, “que tem um caráter estritamente formal, encontrando-se, pois, despojado de toda possível conotação ética ou moral”. (DUARTE, 2014, p. 20). De tal mote, compreende-se a regulação do Direito como ciência, regido por uma metodologia que não se utiliza da faticidade, ou seja, o direito se distancia diametralmente da atividade empírica.

Da linha de pensamento extraída do livro *Teoria Pura do Direito*, depreende-se que, quando se interpreta, há uma “operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. (KELSEN, 2009, p. 387), sendo interessante pontuar-se que, no vértice deste *sistema escalonado*, para não cair numa legitimidade que chegaria ao infinito, Kelsen cria uma ficção: a norma hipotética fundamental.

Essa norma atribui o significado de dever ser ao legislador originário, e, partir dele, impregna todo o ordenamento jurídico construído positivamente, de maneira que o Direito regula a sua própria produção também de maneira prescritiva, ao situar uma Constituição como norma orientadora da produção positiva (KELSEN, 2000, p. 106):

La norma fondamentale attribuisce all'atto del primo legislatore e di qui a tutti gli atti dell'ordinamento giuridico che poggiano su di questo, il significato del dover essere, quello specifico significato per il quale nella proposizione giuridica la condizione è legata alla conseguenza del diritto; e la proposizione giuridica è la forma tipica in cui deve necessariamente presentarsi tutto il materiale del diritto positivo. Nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l'ordinamento giuridico. [...] L'analisi della coscienza giuridica positiva che rivela la

⁴⁰ Entende o autor que o modelo descritivo de Kelsen também contém as regras para a construção do modelo em si, e isso explica a presença de uma linguagem agora descritiva na pura doutrina do direito. Em suma, era uma questão de indicar onde estava a fronteira entre realidade e normatividade, entre o mundo do ser e o mundo do dever ser, entre os quais - afirmou Kelsen - não deve haver qualquer relação.

funzione della norma fondamentale, pone in evidenza anche una particolare caratteristica del diritto, cioè che il diritto regola la sua propria produzione, in quanto una norma giuridica regola il procedimento con cui un'altra norma viene prodotta, e regola anche in grado diverso il contenuto della norma che deve essere prodotta. [...] La costruzione a gradi (*Stufenbau*) dell'ordinamento giuridico (e con ciò si pensa innanzi tutto all'ordinamento giuridico dello Stato singolo) può forse essere rappresentata schematicamente nel modo seguente: al di sotto del presupposto della norma fondamentale [...] il più alto grado del diritto positivo è rappresentato dalla Costituzione, dalla Costituzione nel senso materiale della parola la cui funzione essenziale consiste nel regolare gli organi e il procedimento generale della produzione giuridica, cioè della legislazione. La Costituzione può però anche determinare il contenuto delle leggi future e non è per nulla infrequente il caso che le costituzioni positive facciano ciò in modo da prescrivere o escludere certi contenuti. Nel primo caso, il più delle volte, esiste solo una promessa solenne di emanare certe leggi, dato che per ragioni tecnico-giuridiche non si può agevolmente collegare una sanzione al fatto che non si siano emanate delle leggi di un contenuto prescritto.⁴¹

Vale assinalar que, diferente das demais normas, essa é pressuposta (e não posta, deve o leitor esquecer a ideia de constituição atualmente difundida, um documento formal e construído por representantes do povo). Kelsen (1988), então, defende que existem dois tipos de interpretação: a autêntica e a inautêntica. A primeira seria fruto da atividade do órgão Judiciário; e a outra seria criação da ciência jurídica, sobre isso, *in verbis*:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer,

⁴¹ Nesta linha, Kelsen ensina que a regra fundamental atribui ao ato do primeiro legislador e, portanto, a todos os atos da ordem jurídica que repousam sobre este, o significado de ser, o significado específico para o qual, na proposição jurídica, a condição está vinculada à consequência do direito; e a proposição jurídica é a forma típica em que todo o material do direito positivo deve necessariamente aparecer. Na norma fundamental, em última instância, o significado normativo de todos os fatos que constituem a ordem jurídica encontra sua base. [...] A análise da consciência jurídica positiva que revela a função da norma fundamental também evidencia uma característica particular da lei, isto é, que a lei regula sua própria produção, na medida em que uma norma jurídica regula o procedimento com o qual outra regra é produzida, e também regula em diferentes graus o conteúdo da norma a ser produzida. [...] A construção gradual (*Stufenbau*) da ordem jurídica (e com esta pensa em primeiro lugar a ordem jurídica em um único estado) pode talvez ser representado esquematicamente da seguinte maneira: abaixo da suposição da norma fundamental [...] o mais alto grau de lei positiva é representado pela Constituição, pela Constituição no sentido material da palavra cuja função essencial é regular os órgãos e o processo geral de produção legal, isto é, a legislação. Contudo, a Constituição também pode determinar o conteúdo de leis futuras e isso não é de modo algum atípico para constituições positivas de modo a prescrever ou excluir certos conteúdos. No primeiro caso, na maior parte das vezes, há apenas uma promessa solene de emitir certas leis, por razões técnicas e jurídicas não é fácil vincular uma sanção ao fato de que nenhuma lei foi emitida de um conteúdo prescrito.

cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais. (KELSEN, 1988, p. 245).

O autor continua discorrendo sobre como a interpretação da ciência jurídica é diferenciada, sendo “não autêntica”:

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente. (KELSEN, 1988, p. 250).

Importante deixar claro que, para Kelsen, a interpretação feita pelo órgão julgador é sempre autêntica, de maneira produtiva e conclusiva;⁴² e isso é muito relevante no contexto da Teoria do Direito, que é algo fundamental para esta Tese, pois afirmar que a decisão judicial é sempre autêntica (porque decorre de uma autoridade legitimada para tanto) significa uma *autorização indireta* para que decisões equivocadas (discricionárias), independente de seu conteúdo, tornem-se Direito em meio a turbilhão de valores abstratos, genéricos, conflituosos, plurais, de maneira que essa atividade decisória seja ampla e subjetiva.⁴³

Esta situação é que nos propusemos enfrentar nesta tese, pois está inserta no contexto da (anti)prática judicial que se presencia ainda nos dias atuais, em que se privilegia o entendimento pessoal de quem julga, principalmente quando lança mão de artifícios encontrados na legislação para justificar essa postura, como é o caso da legislação eleitoral.

⁴² Sobre a interpretação autêntica a doutrina Italiana, através de Viola (1974, p. 76), já assentava que se deveria entender pela mesma algo que fosse adequado ao seu aspecto conclusivo e produtivo (no sentido de inovação), mas que fosse baseado na interpretação científica, tendo afirmado: “Tuttavia, siccome l'interpretazione autentica prende le mosse dalla interpretazione scientifica e deve necessariamente tener conto di essa, la teoria kelseniana dell'interpretazione terrà presente prevalentemente il suo aspetto produttivo e conclusivo”.

⁴³ Uma atividade decisória ampla e subjetiva não são saudáveis para a solução de conflitos, pelo contrário, como bem ensina Barberis (2011): “Mentre su valori, principi e giudizi di valore più astratti si concorda, non così sui giudizi di valore meno astratti; i valori, infatti, sono generici, confliggenti, e soprattutto plurimi, sicché occorre specificarli e risolvere i loro conflitti: attività, queste, inevitabilmente discrezionali e soggettive”.

Deixando claro que o modelo tomado como base neste trabalho, o da Crítica Hermenêutica do Direito, no que tange às decisões judiciais (que tem as da seara eleitoral como base para esta Tese) “não associa a teoria positivista com a filosofia da consciência, mas apenas as consequências da admissão da discricionariedade neste plano”. (STRECK, 2017, p. 165).

O enfrentamento aqui proposto então levará ao reconhecimento que tal superação será possível a partir da internalização dos avanços trazidos pela Filosofia Hermenêutica e pela Hermenêutica Filosófica, tal como o reconhecimento da dupla estrutura da linguagem,⁴⁴ um dos pontos mais relevantes da interpretação, pois para a “hermenêutica, a dupla estrutura da linguagem, não é corretamente enfrentada a partir de uma pragmática contextual, mas sim de uma fenomenologia hermenêutica que é transcendental”. (STRECK, 2017, p. 178).

Destarte, é relevante ter em mente que a Ciência do Direito e o Direito são coisas diferentes. Eis que surge “a moldura da norma”, quando da interpretação do Direito efetuada pelo Judiciário, já que “configura ato de política do Direito levado a efeito pelo signo da vontade. Vontade livre de determinar, dentre todos os possíveis sentidos contidos na ‘moldura da norma’ aquela que fará incidir ao caso concreto”. (FERREIRA, 2018, p. 60). Assim, depreende-se que, para Kelsen, é Direito tudo o que figura na tal moldura e na esfera da decisão (e isso está conectado à ideia de autenticidade).

Seguindo a discorrer sobre Positivismo, como forma de auxiliar a compreensão do desenvolvimento do Direito, principalmente nessa segunda metade do século XX, e de como se chegou a situação atual, em que as decisões judiciais, principalmente na Justiça Eleitoral encontram-se é possível se verificar em Hebert Hart, um novo desenvolvimento de ideias, no que tange ao Direito, levando em conta que ele apresenta sua posição de união entre normas secundárias e primárias.

⁴⁴ A dupla estrutura da linguagem se caracteriza, justamente, por apresentar, de um lado, uma dimensão empírica, ôntica, apofântica, através da qual o discurso jurídico se mostra logicamente; e, de outro, uma dimensão transcendental, ontológica, hermenêutica, que é a condição de possibilidade da dimensão empírica e que o homem sempre traz consigo desde quando está no mundo. Isso significa dizer, em outras palavras, que a dimensão ôntica só é possível porque sempre há uma pré-compreensão que lhe antecede e, portanto, sustenta e estrutura toda a dimensão de qualquer discurso empírico. Dito de outro modo, sob a perspectiva de Heidegger, da qual muito se aproxima a crítica de Apel, seria possível objetar ainda uma total incompreensão – por parte de Habermas e seus seguidores – da dupla estrutura existente na linguagem, marcadamente a partir do giro ontológico. Com efeito, a originalidade do pensamento heideggeriano reside justamente na compreensão da antecipação de sentido, como já se viu, e na consequente proposição de um novo *standard* de racionalidade, sendo o papel da filosofia hermenêutica explicar a distinção entre os vetores de racionalidade. (TRINDADE, 2006, p. 272).

Se faz importante esse registro para que o intérprete compreenda que a construção do Direito não é algo simples, e que a sua conformação ao longo, principalmente, do século XX, se deu de uma maneira na qual uma prática social complexa (regra do reconhecimento) e sua validade não dependeriam de sua aceitação moral, mais uma vez presente a separação entre o Direito e a Moral. Diante da indeterminação semântica das regras a um caso específico, teria o juiz, então, nessa visão, discricionariedade para decidir.

Avançando sobre o tema, imperioso se colocar a respeito da Teoria de Hart, que é analítica, pois diz respeito à formulação de uma abordagem geral sobre os diversos aspectos do Direito, para, mais uma vez, fixar que encarar o Direito hoje é também lançar os olhos para um passado próximo, pois não se pode, numa atividade judicante, imaginar que não há ciência por trás disso.

No seu *O Conceito de Direito* (2009), Hart fala sobre como Austin acredita que as regras jurídicas são identificadas através de duas abordagens: (i) ordens baseadas em ameaças e (ii) hábitos gerais de obediência aos limites fixados por um soberano. Contudo, ele discorda de Austin e fundamenta sua posição teórica nesses três argumentos (HART, 2009): a) é insuficiente a caracterização do Direito como ordens baseadas em ameaças; b) é insuficiente a ideia de Direito ligada a um soberano como uma chave de entendimento do Direito; e c) eficiência de formulação de um conceito de soberania ilimitado.

O refinamento que Hart (2009) propõe passa pela resposta às perguntas consideradas fundamentais: – Como o Direito se diferencia das ordens baseadas em ameaças e qual a sua relação com elas? Como se diferencia a obrigação jurídica da moral? Como o Direito se relaciona com a Moral? O que são regras e em que medida o Direito é um sistema de regras?

Ao propor sua Teoria do Direito, o referido autor pretende elucidar o conceito de Direito, fornecendo observações sobre Coerção e Moral. Nem todos os imperativos de comportamento são respaldados por ameaças, como, por exemplo, a diferença entre a ordem emanada por um ladrão e por uma pessoa comum a um caixa de um banco. A crítica de Hart a Austin é constitutiva da diferença entre ordenar e dar uma ordem. As regras jurídicas, em sua maioria, determinam uma ordem.

Hart revolucionou de muitas formas o estudo jurídico. Um de seus grandes êxitos “foi tentar compreender e explicar o direito enquanto sistema normativo que

exibe algumas características proeminentes, entre elas: a relação que estabelece com a linguagem, a coação, o poder e a moral”. (STOLZ, 2007). Assim, observa-se nos escritos hartianos que o sistema jurídico se forma a partir de regras primárias e secundárias, cuja união “representa a chave para a elucidação do conceito de Direito”. (KOZICKI; PUGLIESE, 2017).

As primárias podem ser chamadas regras de obrigação, uma vez que impõem condutas ou a abstenção de certos atos, independentemente da vontade do sujeito a quem se destinam, isto é, a validade decorre da compatibilização com a regra secundária.

As secundárias são entendidas como aquelas que especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente. (KOZICKI; PUGLIESE, 2017). Assim, a natureza fática dessas normas é a parte da adesão por parte daqueles que as evocam. Essas se repartem em regras de: a) reconhecimento; b) alteração e c) julgamento.

A regra de reconhecimento (*rule of recognition*) é aquela “que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, [...] uma regra última” (HART, 2009, p. 117), ou seja, faz com que as outras regras do ordenamento sejam identificadas. Trata-se de um critério que resolve, de maneira negativa, a carência de certeza das regras primárias, e elimina as dúvidas sobre o pertencimento dessas regras em determinado sistema jurídico.⁴⁵

⁴⁵ Para esclarecer ainda mais sobre esse ponto das normas de reconhecimento, Narvaez e Pozzolo (2005, p. 91) afirmam, utilizando-se dos ensinamentos de Jules Coleman, que, para ele, seria possível pensar a tese da separação, do ponto de vista interpretativo, de forma negativa; isto é, seria factível conceber pelo menos uma regra de reconhecimento que não incorporasse critérios morais de validade jurídica. Dessa forma, mesmo que todos os sistemas legais tivessem regras de reconhecimento com critérios morais de validade jurídica, isso não invalidaria a tese da separação, que teria um caráter negativo, excludente; porém os autores colocam que se assim fosse, é muito provável que nunca se teria distinguido entre lei e moralidade e, portanto, não teríamos dois conceitos de regra envolvidos na discussão que seriam o legal e moral: “Jules Coleman segnala la possibilità di pensare la tesi della separazione in forma negativa, ovvero egli afferma che è possibile concepire almeno una regola di riconoscimento che non incorpori criteri morali per la validità giuridica. In questo modo anche se di fatto tutti i sistemi giuridici avessero regole di riconoscimento con criteri morali di validità giuridica ciò non invaliderebbe la tesi della separazione, che avrebbe carattere negativo. Ma se così fosse è molto probabile che non si sarebbe mai proceduto a distinguere fra diritto e morale e, dunque, non avremmo due concetti di regola coinvolti nella discussione: quella giuridica e quella morale. Cf. J. Coleman, Negative and Positive Positivism, in “Journal of Legal Studies”, n. 11, 1982, p. 139-164”. Ou seja, o entendimento de Coleman é no sentido de que a possibilidade de pensar a tese da separação de forma negativa, ou melhor, ele afirma que é possível conceber pelo menos uma regra de reconhecimento que não incorpore critérios morais de validade legal. Assim, ainda que, de fato, todos os sistemas jurídicos tivessem regras de reconhecimento com critérios morais de validade jurídica, isso não invalidaria a tese da separação, que teria um caráter negativo. Mas se este fosse o caso, é muito provável que

Essa regra é capaz de delimitar aquilo que se considera ou não direito e, portanto, capaz de sanar dúvidas. Ela direciona o olhar fático sobre as coisas. Além disso, pode ser demonstrada, ao contrário da norma fundamental de Kelsen, por exemplo. A regra de reconhecimento reflete algo pressuposto, ao passo que a regra de reconhecimento se refere a uma atitude prática.

As regras de alteração (*rules of change*) “outorgam poderes a órgãos ou pessoas para que excluam, acrescentem ou modifiquem o conjunto das regras de dado sistema jurídico”. (FERREIRA, 2018, p. 63). Dessa forma, regulam o processo de criação, eliminação e transformação de normas primárias.

Já as regras de julgamento (*rules of adjudication*) “são regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma norma primária”. (HART, 2009, p. 106). Assim, são órgãos de aplicação da regra, principalmente das primárias, que identificam os agentes que possuem competência para determinar os procedimentos que devem ser seguidos.

Hart desloca a questão das ordens baseadas em ameaças para pensarmos em leis dirigidas a funcionários para que apliquem essas sanções. Ele também propõe que o soberano não é capaz de conter as transgressões possíveis em face das normas jurídicas. O hábito não conduz constrangimento na hipótese de sua transgressão, não existe sanção/pressão social como existem nas regras sociais. Um importante avanço na diferença entre hábitos e regras consiste, para Hart, na análise do aspecto interno e externo das regras, pois, desta forma, assume destaque o sentimento de obrigação assumido como essencial.

Sobre este ponto, Lamego (1990) afirma que é a partir do enfrentamento adequado do que vem a ser o ponto de vista interno das regras que se poderá não só superar a teoria preditiva clássica (com destaque para a obra de John Austin), como também será possível se estabelecer a diferença fundamental existente entre os jogos de linguagem, entre *ter uma obrigação* e *ser obrigado a*.

É relevante esse conhecimento do aspecto interno das normas, pelo fato de ser parte dessa análise, que será permitido firmar em que medida é possível um conhecimento do direito sem o aceite de *um saber descomprometido* (situação que remete a ao problema da aplicação no direito).

nunca distinguiríamos lei e moral e, portanto, não teríamos dois conceitos de regra envolvidos na discussão: o jurídico e o moral.

Por fim, partindo desta análise, também será possível avançar nas teorias jusnaturalistas, “as quais não esclarecem suficientemente as especificidades da obrigação moral e da obrigação jurídica, preferindo, ao invés, identificar sempre um caráter *moral* das regras jurídicas”. (KOZICKI, 1993, p. 55).

Do ponto de vista externo, pode-se dizer que a regra de propriedade obriga a abstinência de posses dos outros, significa apenas transmitir o conteúdo da regra sem endosso. A alegação externa requer uma regra de fundo no sentido óbvio que é a afirmação sobre uma regra (a partir do lado de fora). Se não houvesse regra de propriedade, por exemplo, não haveria obrigação para relatá-la.

Mas uma reclamação com o mesmo conteúdo poderia ser feita se não houvesse regra estabelecida de propriedade ou convenções da justiça (MAGRI, 1996):

Again; suppose, that, though the necessities of human race continue the same as at present, yet the mind is so enlarged, and so replete with friendship and generosity, that every man has the utmost tenderness for every man, and feels no more concern for his own interest than for that of his fellows; it seems evident, that the use of justice would, in this case, be suspended by such an extensive benevolence, nor would the divisions and barriers of property and obligation have ever been thought of.⁴⁶

Um ponto de vista externo, reivindicação, obrigação, portanto, requerem referência a uma regra para a sua própria inteligibilidade, mas uma interna reivindicação de ponto de vista não. Sobre este ponto é imperioso destacar que a ausência de inteligibilidade expressa um desconhecimento do que é válido no presente, e a falta de previsibilidade gera um desconhecimento sobre o que será válido no futuro. Por outro lado, a ausência de estabilidade faz com que não se saiba se o que foi válido no passado permanecerá sendo no presente. Diante da insegurança legislativa, pela multiplicação de leis obscuras e tecnicistas, bem como pela instabilidade jurisprudencial, é importante, para a segurança jurídica, a existência de uma doutrina sólida, de profissionais do Direito que tornem mais claras as previsões legislativas e que, por sua postura crítica, diminuam o risco de

⁴⁶ Magri coloca que em uma suposição de que embora as necessidades da raça humana continuem as mesmas de hoje, a mente está tão aumentada, e tão repleta de amizade e generosidade, que todo homem tem a maior ternura por todos os homens e não sente mais preocupação por sua interesse próprio do que o dos seus companheiros; Parecendo evidente que o uso da justiça seria, neste caso, suspenso por uma benevolência tão extensa que nem as divisões e barreiras de propriedade e obrigação jamais teriam sido pensadas.

arbitrariedades do legislador e do aplicador das normas no Poder Judiciário. (ÁVILA, 2012).

Saindo da discussão sobre os pontos de vistas das regras, para explicar a diferença entre obrigação moral e obrigação complexa, Hart diferencia sistemas simples (que contêm apenas regras primárias, regras de conduta) e complexos (além das normas primárias de conduta, as regras que atribuem poderes e competência, as secundárias).

A título ilustrativo, Hart, além desses aspectos da norma já citados, propõe utilizar a técnica da analogia para solucionar casos difíceis de interpretação. Para ele, toda expressão linguística apresenta um núcleo e uma zona de penumbra. Nesta estariam localizados os casos difíceis de interpretação; naquele, os casos fáceis de interpretação (caso em que todos os intérpretes estariam de acordo no que a expressão se aplica ou não).

Para os casos difíceis, a decisão exige uma interpretação razoável: os juízes devem usar a discricionariedade para escolher a interpretação que consideram a mais apropriada, mais uma vez presente a figura da discricionariedade como conformadora da solução de casos jurídicos, ou seja, não é aleatória a sua presença também nos dias atuais.

Quando a regra aplicada é imprecisa, o juiz não tem outra saída a não ser escolher, prudentemente, a opção que considerar mais adequada. Ressalte-se que, nestas circunstâncias excepcionais, o juiz não está aplicando o direito; eis que as regras não lhe indicam uma ou outra direção, senão criando o direito para caso concreto. (MELO; JESUS, 2007).

Para Hart (2001), é impossível, através de análise histórica, afirmar que o Direito tem sido influenciado pela moral ou por ideais de grupos sociais particulares. É factível tomar essa informação como real só para justificar que um sistema jurídico deve mostrar alguma afinidade com a moral ou com a justiça; ou se apoiar em uma convicção de que existe uma obrigação moral de obedecê-lo. Para o jusfilósofo, não se pode tomar essa bandeira como critério de validade de um sistema jurídico.

Indo de encontro a ideia construída de maneira a exigir conformidade do Direito com as leis morais, Hart pontua como Positivismo Jurídico a afirmação “simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito”. (HART, 2001, p. 212).

O mesmo autor classificou algumas possibilidades de conexão entre Direito e Moral: 1) o poder e a autoridade: para que exista o poder coercitivo é necessário que boa parte dos indivíduos submetidos às regras cooperem voluntariamente no seu cumprimento; 2) a influência da Moral sobre o Direito: o Direito dos Estados modernos já absorveu em muitos pontos a moral aceita, e, além disso, professam ideais morais mais vastos; 3) a interpretação: a textura aberta do Direito deixa um campo de ação para os juízes, que não estão obrigados à aceitação cega da lei ou a dedução mecânica de regras.

Os juízes, em sua visão, podem fazer uma escolha, que não é mecânica ou arbitrária, valendo-se de virtudes que Hart denomina “virtudes judiciais”, que são a imparcialidade e a neutralidade, ao examinar as alternativas; consideração dos interesses de todos os que serão afetados; e a preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de decisão; 4) a crítica do Direito; 5) princípios de legalidade e justiça: cujo germe se encontra na aplicação de uma regra geral do Direito; 6) validade jurídica e resistência ao Direito. (DIMITRUK, 2004).

Importante, pois, entender que, para Hart (2001), é preferível um conceito amplo de Direito, que abarque mesmo as regras moralmente iníquas, pois permite, desta forma, a distinção entre a invalidade do Direito e sua imoralidade, e possibilita verificar a complexidade e a variedade destas questões separadas, ao contrário de um conceito estreito de Direito.

Ele tenta oferecer melhor descrição do fenômeno jurídico, e, ao mesmo tempo, ser capaz de explicar qualquer tipo de normatividade sem a qual seria impossível justificar ações:

L'obiettivo dell'analisi hartiana è duplice: in primo luogo, offrire una migliore descrizione del fenomeno giuridico e, in secondo luogo, riuscire a dar conto di un qualche tipo di normatività, senza la quale sarebbe stato impossibile giustificare azioni richiamandosi a norme giuridiche come a ragioni per agire. In sostanza, il compito che Hart si prefigge è quello di offrire una diversa spiegazione della normatività giuridica per meglio descrivere il fenomeno diritto. A questo fine Hart cerca di distinguere fra la mera imposizione e la norma giuridica. (NARVAEZ; POZZOLO, 2005, p. 94).⁴⁷

⁴⁷ Os autores aduzem que o objetivo da análise Hartiana é duplo: primeiro, oferecer uma melhor descrição do fenômeno jurídico e, segundo, poder dar conta de algum tipo de normatividade, sem a qual seria impossível justificar ações por referência a normas legais, como razões para agir. Em essência, a tarefa que Hart estabeleceu para si é oferecer uma explicação diferente da normatividade legal para melhor descrever o fenômeno correto. Para este fim, Hart tenta distinguir entre a mera imposição factual e a regra legal.

Uma vez tratado sobre as ideias de Hart, é imperioso analisar o debate que o referido autor travou com Ronald Dworkin, principalmente tendo em consideração que a positivação da necessidade de haver coerência e integridade na jurisprudência, trazida pelo Art. 926 do Diploma Processual Civil de 2015, aqui já tratada, cuja aplicação à seara eleitoral deveria ser internalizada pelos atores que fazem o cotidiano do Processo Judicial Eleitoral, é baseada em ideias centrais de suas obras, e tem como tema focal a necessária coerência e integridade do Direito, objeto desta tese, quando defende a necessidade de a Justiça Eleitoral incorporar o aludido dispositivo legal a sua atuação integral e automaticamente.

Não há, pois, como se falar desse novo paradigma do processo civil, que deve ser um norte para o Processo Judicial Eleitoral, sem discorrer sobre Dworkin (2010), que, repete-se, como principal debatedor de Hart, construiu uma vertente de pensamento próprio, com um arcabouço teórico original. Por isso, sem levar em consideração a especificidade que constitui cada uma das vertentes do Positivismo, afirma que o núcleo do Positivismo Jurídico está centrado em três teses, quais sejam: i) tese do pedigree; ii) tese da discricionariedade e iii) tese da obrigação.

A tese do pedigree defende que existe um dever de que “toda regra juridicamente válida satisfaça dois critérios: a) que ela passe num teste de validade e b) que esse teste de validade faça referência somente ao seu pedigree, e não a algum tipo de conteúdo moral”. (NEIVA, 2017, p. 39). Segundo Jori (2003), Dworkin critica essa tese, o critério de origem das normas e da autoridade que as produzem sem levar em conta os princípios pelos quais o Direito é composto.

Da tese da discricionariedade aduz-se que “não existindo uma regra jurídica [...] que satisfaça a tese do pedigree [...] os juízes devem exercer sua discricionariedade e ir além do direito”. (NEIVA, 2017, p. 39). Ou seja, quando não há direito instituído por meio de regras válidas, o magistrado deve utilizar seu poder discricionário no processo decisório.

Já a tese da obrigação origina-se da “equivalência entre direito, obrigação jurídica e regras validadas de acordo com um teste de pedigree; trata-se de uma conclusão lógica que, não existindo regra, não haverá direito regulando a situação”. (NEIVA, 2017, p. 39). Disso entende-se que, se não houver uma regra juridicamente válida, não há que se falar em uma obrigação jurídica.

Nota-se, então, que, como já anteriormente mencionado, o Positivismo se apresenta pelas mais variadas formas, sendo que parte de seus elementos mais

relevantes, pode-se dizer, foram talhados no debate entre o Positivismo Jurídico de Herbert Hart e de Ronald Dworkin,⁴⁸ o conteúdo produzido neste contexto guiou a Teoria do Direito por muito tempo.⁴⁹

Leiter (2003) defende que esse debate se iniciou quando Dworkin escreveu “O modelo das regras” refutando as quatro doutrinas atribuídas a Hart:

The Hart/Dworkin debate begins with Dworkin’s 1967 paper ‘The Model of Rules’, which attributes to Hart four doctrines, all of which Dworkin rejects: that law consists of ‘rules’ (understood as legal standards that differ from what Dworkin calls ‘principles’); that legal rules are identified via a ‘rule of recognition’, that is, ‘by tests having to do not with their content but with their pedigree’; that where a rule does not control a case, judges have discretion; and that in those cases where judges have discretion, neither party has a preexisting legal right to prevail.⁵⁰

Inclusive, como decorrência deste tipo de discussão teórica, surgiram outras, com a criação de novas nomenclaturas, ainda não aprofundadas aqui, como Positivismo Exclusivo e Inclusivo, que valem a pena ser explicadas.

Assim, apresenta-se aqui, rapidamente, o Positivismo Inclusivo e o Exclusivo. Para entender melhor, é importante lembrar de que os positivistas pós-hartianos se envolveram em contundentes discussões internas sobre a Moral e o Direito, um

⁴⁸ Para melhor se contextualizar a importância da Teoria de Dworkin no que tange ao Positivismo, ela surge como uma análise do significado e das consequências legais do estado constitucional; tenta reconstruir o sistema jurídico, concentrando-se em sua base e precisamente na identificação dos chamados direitos invioláveis, inegociáveis do ponto de vista constitucional, buscando o objetivo de reavaliar o significado, a origem e evolução deles em todos os setores da prática social, como bem ensina a Doutrina: “La teoria dworkiniana, come analisi del significato e delle conseguenze giuridiche dello Stato costituzionale, tenta una ricostruzione del sistema giuridico ponendo in primo piano la sua base, e precisamente l’individuazione dei cosiddetti diritti “inviolabili”, perseguendo l’obiettivo di rivalutare il significato, l’origine e l’evoluzione di essi in ogni settore della “pratica” sociale”. (BONGIOVANNI, 1999).

⁴⁹ Shapiro (2007, p. 18) coloca que o verdadeiro debate entre Hart e Dworkin opõe dois modelos de entender o Direito muito diferentes: “Should law be understood to consist in those standards socially designated as authoritative? Or is it constituted by those standards morally designated as authoritative?”. Coloca-se a questão: – Quais seriam os elementos que constituiriam o direito, os fatos sociais ou os princípios morais? Dworkin aponta para os princípios morais, conforme Shapiro (2007, p. 18): “As we will see, the positivist response has been to argue that Dworkin has shown no such thing”.

⁵⁰ Leiter (2003) traz luzes sobre o debate que pode ser considerado um ponto de virada para a compreensão para o Direito contemporâneo, para ele esse embate se inicia com o artigo de Dworkin de 1967 “The Model of Rules”, que atribui a Hart quatro doutrinas, todas rejeitadas por Dworkin: que lei consiste em “regras” (entendidas como padrões legais que diferem do que Dworkin chama de “princípios”); que as regras legais são identificadas por meio de uma “regra de reconhecimento”, ou seja, “por meio de testes que não têm com seu conteúdo, mas com seu pedigree”; que onde uma regra não controla um caso, os juízes têm discricção; e que nos casos em que os juízes têm discricção (no sentido de discricionarietà), nenhuma das partes tem um direito legal preexistente de prevalecer.

grupo queria a total dissociação entre os dois e outros tinham uma postura mais leve, ou seja, mais moderada.

Necessário se colocar que, embora Hart, como positivista que é, parta da tese de separação entre Direito e Moral, reconhece que o Direito possa ser influenciado pela Moral, mas que isso não ocorre necessariamente. Para além disso, ele afirma que a validade do Direito (das regras) não depende da Moral. Por isso, mantém o traço característico do Positivismo. Para Hart, tanto a Moral quanto o Direito comportam um conteúdo mínimo de Direito Natural, algo que faz Hart afirmar que as regras jurídicas básicas são também, de quase todos os pontos de vista, regras morais básicas.

É nesse sentido que o autor pode ser considerado um *positivista moderado*, pois, ao contrário de Kelsen, não tem a pretensão de criar uma Ciência do Direito que seja pura. Ao mesmo tempo, Hart se aproxima de Kelsen, aderindo à tese positivismo da separação entre Direito e Moral, quando afirma que a validade da regra não depende de uma avaliação moral, como aqui já exposto anteriormente.

Dando continuidade, sem a pretensão de dissecar assunto, até porque, como já se colocou aqui, a intenção é discorrer sobre como a Doutrina do Positivismo influenciou na conformação da maneira como se trabalha a Decisão Judicial no contexto contemporâneo; chegou-se ao Positivismo Exclusivo, que ainda pode receber nomes outros, tais como anti-incorporacionismo e positivismo radical ou inflexível. (DIMOULIS, 2017). Joseph Raz é o principal nome da corrente exclusiva, cujo *modus operandi* é que “a partir de uma perspectiva forte de fontes sociais, defende a cisão radical entre o direito e a moral”. (FERREIRA, 2018, p. 67).

Por conta disso, “para o jurista uma regra é uma razão operativa para o agir, sendo deste modo apenas sua crença em sua existência já explicasse uma atitude prática”. (STRECK, 2017, p. 182). Levando em consideração o pensamento de Raz, as ordens da autoridade não ficam sujeitas a juízos de valor, de maneira que no final se segue a autoridade ainda que em desfavor da convicção do intérprete.

De acordo com os *Hard Positivists* (que é como também são conhecidos os Positivistas Exclusivos), para que haja efetiva validade jurídica de uma regra, se faz necessário que ela seja dotada de autoridade posta por fatos sociais que a corroborem. Para a vertente exclusiva, “o Direito é identificado somente pelas fontes sociais, num sentido mais forte, enquanto critério neutro de validade do Direito que nada enuncia sobre seus métodos morais”. (STRECK, 2017a, p. 180).

Sobre isso observe-se o seguinte exemplo:

Durante sua vida Maria nunca cometeu furto. Podemos dizer que Maria agiu de maneira conforme às normas penais que tipificam e punem o furto. Raz perguntaria também quais foram as razões que fizeram Maria atuar dessa maneira. Se a resposta for que Maria nunca furtou em razão de suas fortes convicções religiosas e morais contrárias ao furto, temos um caso no qual a lei não exerceu sua 'autoridade' em sentido raziano. Havendo ou não havendo essa lei, Maria teria atuado da mesma maneira. Se, ao contrário, Maria deixou de furtar porque sempre confia nas orientações do legislador sem analisá-las e sem questioná-las, ou porque se sentiu intimidada pela ameaça de sanções, diremos que o legislador exerceu autoridade raziana. (DIMOULIS, 2017).

Quanto a isso, percebe-se a flagrante incongruência apresentada pelo modelo de Raz, tendo em vista que o que é relativo a Moral não pode ter vazão jurídica no processo decisório, pois, para ele, seria certo que, se o Direito necessitasse de razões morais, o âmago da sua autoridade estaria perdido. (STRECK, 2017a, p. 183).

Para Shapiro, outro expoente do Positivismo Exclusivo, a questão da discricionariedade deve ser compreendida também nos casos em que o poder não esteja concentrado nas mãos de um só indivíduo, haja vista que, para juízes, nessa situação, é mais difícil lançar mão da discricionariedade. (SHAPIRO, 2007, p. 33).

Disso depreende-se que, se em determinada localidade os intérpretes magistrados estão se sentindo muito à vontade para se deixarem ser norteados por suas convicções íntimas e morais, implica dizer que, muito provavelmente, os poderes estão com uma divisão falha e o sistema de *checks and balances* há muito não funciona.

Extraí-se também que nos processos decisórios não devem se fortalecer os juízos valorativos; logo, para Shapiro, o positivista deve destacar como importantes os fatos sociais e não coisas relativas à Moral. (SHAPIRO, 2007, p. 43).

Interessante levar em consideração que, mesmo o Positivismo Exclusivo se diferenciando em alguns aspectos da teoria do constitucionalista brasileiro Lenio Streck, esse aduziu “que o Positivismo Exclusivo, que se pretende descritivo, acaba, sem querer, implodindo a dicotomia ser/dever ser” e que “o positivismo descritivo se torna prescritivo/normativo sem assumi-lo!”. (STRECK, 2017b).

Por sua vez, o Positivismo Inclusivo, cujo principal expoente é Jules Coleman, “se afasta da tradicional e radical cisão positivista entre direito e moral”. (FERREIRA,

2018, p. 66). Nas obras desse positivista inclusivista, faz-se contundente diferenciação entre *hard fact*⁵¹ e a *social convention*.⁵² (COLEMAN, 2003).

Segundo ele, sociedades podem (ou não) ter certo tipo de *social convention* que coadune aspectos da moralidade às estruturas do sistema legal. Isso porque a Moral é paulatinamente aceita dentro da criação e da aplicação de normas do ordenamento jurídico vigente, eficaz e válido. Dessa maneira, a convenção, isto é, “a constatação do hábito reiterado de aplicação de uma regra” (FERREIRA, 2018, p. 66) serviria como instrumento fundamentador do Direito.

Por fim, o Positivismo Inclusivo ainda possui três espécies, identificadas por Duarte (2014), quais sejam: a) o Positivismo Ético, de Peces-Barba; b) o Juspositivismo Crítico (Garantismo), de Luigi Ferrajoli; e o c) Positivismo Presuntivo/Constitucional de Frederick Schauer.

O Positivismo Ético se configura “quando o Direito atua manifestando conteúdos materiais no controle do Poder”. (DUARTE, 2014, p. 41). Nessa situação, diz-se que o Direito respeita a uma ética pública, isto é, a um modelo ético que condiz com o sistema jurídico “pretendendo orientar seus fins e estabelecer seus objetivos como ‘dever ser’ justo”. (DUARTE, 2014, p. 41).

Acerca do seu posicionamento Peces-Barba aduz que:

[...] O poder político democrático incorpora a moralidade dos valores como valores políticos, e que, como valores jurídicos, inspiram toda a organização do direito, que converte os direitos humanos e os princípios de organização em regras que limitam e configuram esse poder a serviço da pessoa. (PECES-BARBA, 2004, p. 71).

Já o Garantismo é uma corrente em que o constitucionalismo é configurado como um modelo normativo de ordenamento jurídico, fundado na rígida sujeição de toda a produção normativa às normas constitucionais e aos direitos nela estabelecidos. Em resumo, significa o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes idôneos a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais.

A Teoria do Garantismo Penal de Ferrajoli intenta a constituição de “uma doutrina analítico-política capaz de identificar, por meio do estudo das diversas

⁵¹ tradução nossa: fato duro.

⁵² tradução nossa: convenção social.

filosofias jurídicas e políticas que trataram de esboçar um determinado modelo de justiça penal”. (DUARTE, 2014, p. 44).

Para Ferrajoli (2011, p. 466), em sentido amplo, Estado de Direito significa qualquer ordenamento regido pelo princípio da mera legalidade, ou seja, Estado Legal. Já em sentido estrito, abarca aqueles ordenamentos regidos pelo princípio da estrita legalidade. Ferrajoli defende um Positivismo crítico que traz sérias mudanças sobre a estruturação do Direito, da dogmática jurídica e da jurisdição em efetivo.

Para o melhor entendimento dos argumentos supra:

Quando a doutrina de Ferrajoli (1999) propõe uma alteração em diversos planos do modelo positivista clássico e advoga por um modelo que inclui um certo paradigma garantista de validade jurídica, baseado na dissociação entre validade e vigência, está desenvolvendo um modelo que corresponde, neste propósito, às pretensões de incorporação da moral no direito. (DUARTE, 2014, p. 45).

O Positivismo Presuntivo/Constitucional, defendido por Schauer, “é explicitado na ocasião na qual os “decisores – em muitos casos – devem deixar de lado as soluções presuntivamente corretas a favor daquelas que apresentem um resultado moralmente melhor no caso considerado”. (DUARTE, 2014, p. 50). Para o citado constitucionalista americano, a consecução de um *status* mais justo é protegida pela Constituição do País, já que consiste em um sistema de regras. Sobre isso:

[...] na maioria dos casos [jurídicos], o resultado gerado pela regra mais localmente aplicável e identificável em virtude de sua origem é a que prevalece. Mas em todos os casos essa regra será deixada de lado quando o resultado que ela impõe se encontra enormemente em contradição com o determinado por esse conjunto mais amplo e moralmente aceitável de valores. Denominar ou não direito a este conjunto de fatores derrotantes é uma discussão que resulta, em certa medida, terminológica. (SCHAUER, 2004, p. 269).

Compreendido que o Positivismo e suas facetas tiveram importante contribuição no debate jurídico ocidental contemporâneo, com destaque para a segunda metade do século XX, e, por consequência, no desenvolvimento das ideias a respeito da conformação de decisão judicial (com os seus respectivos problemas), faz-se importante que se analise como construir uma Teoria do Direito adequada a contexto hodierno do Direito brasileiro, tendo em mente o atual modelo constitucional do Estado Democrático de Direito que existe no nosso País.

2.4 Crítica Hermenêutica do Direito: a construção de uma reflexão filosófica como condição de possibilidade para respostas constitucionalmente adequadas no direito

A Constituição Brasileira de 1988, mesmo que, quando da sua promulgação, tenha rompido com a tradição e sido revolucionária (TASSINARI, 2017), tem passado por uma crise em termos de efetividade, isso é fato. O que se percebe, em vários níveis, é uma relativização do seu conteúdo, de acordo com conveniências e livres convencimentos de seus intérpretes, que podem até vir de pessoas bem-intencionadas, honestas e adoradores do Direito bem aplicado, porém Direito não é uma questão de bondade, mas de respeito as regras do jogo previamente estabelecidas.

Jurista nenhum pode ter a intenção de corrigir os rumos de uma decisão democrática, mesmo que entenda (ainda que de forma extremamente equivocada) que está em uma posição técnica acima das paixões que levam às decisões pessoais depositadas nas urnas através do voto; o intérprete e aplicador das normas jurídicas não é um elemento de correção da sociedade, principalmente das escolhas que são feitas através da manifestação livre dos eleitores ou através da produção legislativa dos legítimos representantes populares, ao entender assim o intérprete demonstra não ter a real noção da sua posição do jogo democrático.

O agir desse tipo de jurista que prefere a iluminação de sua boa vontade para melhorar as regras durante o percurso da partida sempre serão decisões diferentes demais para que se possa falar em segurança jurídica em território nacional brasileiro.

Tassinari (2017, p. 140) relata ainda que:

[...] atribuir uma fundamentação para o direito está-se fazendo referência a três questões fundamentais, quais sejam: Primeira, a compreensão de que o conceito de Direito necessariamente passa pelo reconhecimento da existência de um pressuposto teórico que lhe sustenta (em outras palavras, de uma teoria que orienta a forma de entender o fenômeno jurídico e de atribuir-lhe conteúdo; a segunda, a constatação de que essa racionalidade segundo a qual o Direito opera influencia diretamente na concretização dos direitos; e a terceira, que o Direito brasileiro há muito tempo vem lutando no enfrentamento de uma crise que impede a efetivação do que foi garantido tanto pela legislação, quanto pelo texto constitucional.

Levando-se em conta o predito, é importante considerar as palavras de Müller (2013, p. 159) sobre o texto constitucional e sua importância quanto à sustentação das decisões judiciais, foco de estudo desta Tese:

Uma Constituição é organização de força. Como logra constituir a força? Os âmbitos da norma de suas regras concernentes a segmentos essenciais da sociedade. E os textos normativos de suas disposições legais, manifestando-se expressamente ou deixando de fazê-lo, descrevem, mediante uma tematização consciente ou uma eloquência tácita a demarcação de uma trégua, o esboço de uma linha demarcatória. Essa linha compõe-se do material mais frágil imaginável: a língua.

Já foi visto aqui e vale ressaltar, a linguagem é uma das ferramentas mais estudadas dentro da pesquisa hermenêutica que leva em conta preceitos contemporâneos. E, voltando-se para a discussão da pré-compreensão, exsurge que, quando se trata do desvelamento do sentido e de aplicação, essas duas coisas andam absolutamente juntas, “num processo que inclui necessariamente o ‘sujeito compreendente’ e sem o qual o sentido do texto a ser compreendido nem poderia ser concretizado”. (MÜLLER, 2013, p. 193).

Eis que emerge, no século XX, o giro linguístico, aqui neste trabalho já abordado, mas que é pouco referido na prática científica do Direito pátrio, bem como na construção de jurisprudências das nossas Cortes, tanto regionais quanto as de cúpula, no qual a linguagem e os seus efeitos sobre o campo hermenêutico e a decisão judicial ganharam notoriedade.

Compreende-se, então, que, a partir do *linguistic turn*, “A linguagem [...] assume posição central, e não mais um terceiro elemento interposto entre o sujeito e o objeto, agora é condição de possibilidade”. (FERREIRA, 2018, p. 74). Sem a consideração dessa mudança no papel da linguagem, o acontecer hermenêutico trava.

Sobre o que foi dito acima, na modernidade tem-se, de maneira clara, que: “A filosofia da consciência tem direta relação como sujeito do esquema S-O (sujeito-objeto) [...] altera profundamente a concepção objetivista (realismo filosófico) de mundo presente na metafísica clássica”. (STRECK, 2017a, p. 73).

A ideia de um sujeito transcendental cuja representatividade é uma novidade em termos de modernidade é algo que passa a fazer parte do pensamento em que estará presente a interpretação, esse novo sujeito estará no centro da vida, assim

Kant descreveu e Husserl se referiu, de maneira que os conflitos entre razão pura e emoções impuras, ainda não enfrentadas, passaram a fazer parte da realidade do pensamento moderno.

Esse entendimento é refletido no ensinamento de Seggiaro (2010, p. 22):

[...] «tutti possiamo assumere il ruolo di tale soggetto (trascendentale), ma nessuno lo è, né il soggetto trascendentale è qualcuno». È questo il soggetto che Kant porrà esplicitamente al centro della vita conoscitiva, proprio perché è questo soggetto a creare le rappresentazioni su cui la vita conoscitiva si regge; è questo soggetto cui Husserl farà riferimento, nella sua ripresa di Descartes dopo Kant. Parallelamente, questa *res cogitans* trova il suo più caratteristico attributo nella ragione pura, slegata da ogni materialità e ogni emotività. Non è necessario ritornare in questa sede sulle molteplici critiche che hanno travolto l'*ego* cartesiano e il soggetto trascendentale; vorrei però citare le parole di Ágnes Heller dedicate alla presunta purezza della ragione: «nessuno ha mai sperimentato il conflitto tra 'ragione pura' e affetti o emozioni 'impuri'. [...] Non vi è alcuna 'pura' ragione e nulla di ciò che facciamo o desideriamo è del tutto privo di ragione.⁵³

Essa filosofia em si, a nova posição do sujeito da modernidade, não é exatamente o problema, o que complica a situação é como a dogmática jurídica a utiliza para defender a discricionariedade judicial no Brasil e foge de uma atuação adequada à Constituição Federal e às bases democráticas estabelecidas no texto maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Esse agir livre, discricionário, se torna “algo que está recrudescido no imaginário gnosiológico dos juristas”. (STRECK, 2017a, p. 75). Dessa maneira, no momento em que alguém se compromete com o livre convencimento, por exemplo, percebe-se em tal atitude resquícios do sujeito autoritário moderno. (STRECK, 2017a, p. 76).

A construção da reflexão filosófica que deve servir de base para a fixação de parâmetros que levem a uma atuação judicial adequada à Constituição tem relação com a necessidade de se reconhecer que, depois do giro linguístico, surgiram dois

⁵³ Para o autor (seggiaro, 2003) todos nós podemos assumir o papel deste sujeito (transcendental), mas ninguém é, nem é o sujeito transcendental ninguém ". Esse é o assunto que Kant colocará explicitamente no centro da vida cognitiva em suas obras, precisamente se perfaz porque é esse sujeito que cria as representações em que se baseia a vida cognitiva; é esse assunto ao qual Husserl se referirá, em seu renascimento de Descartes depois de Kant. Ao mesmo tempo, este *res cogitans* encontra seu atributo mais característico na razão pura, desconectado de toda materialidade e toda emotividade. Não é necessário retornar aqui às muitas críticas que oprimiram o ego cartesiano e o sujeito transcendental; o mesmo autor menciona as palavras de Ágnes Heller dedicadas à pureza da razão: "ninguém nunca experimentou o conflito entre" razão pura "e emoções ou emoções" impuras ". [...] Não há razão "pura" e nada do que fazemos ou desejamos é totalmente sem razão.

teoremas basilares para o pensamento da hermenêutica contemporânea: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico. (FERREIRA, 2018, p. 75). O círculo é mais antigo do que se imagina, “nos medievos, os estudos inspirados no *trivium*, em especial oriundos da gramática e da retórica, já identificavam um movimento entre o todo e as partes nas interpretações de textos”. (STRECK, 2017a, p. 25).

O círculo, a relação de circularidade que deve permear o processo interpretativo e tende a ser viciosa, numa lógica simplista, passa a ser virtuosa, pois a sucessão de atos que a compõem leva o intérprete a reconfigurar os seus próprios pressupostos de raciocínio:

Per ‘circolo ermeneutico’ (tedesco *hermeneutischer Zirkel*), invece, s’intende anzitutto la vecchia regola interpretativa, appartenente alla tradizione ermeneutica nel terzo senso del termine, per la quale, nell’attività di interpretazione di un testo, il risultato dell’interpretazione di una parte va sempre confrontato all’interpretazione del tutto e viceversa: e questo fino a che le due non finiscano per corrispondere. Anche qui, come nel caso della precomprensione, molte formulazioni della nozione hanno spesso finito per oscurarne i contorni; essa, peraltro, sembra avere almeno il pregio di attirare l’attenzione dei teorici dell’interpretazione sul fatto che questa, oltre a consistere di una successione di atti, ha anche carattere circolare, dovendo spesso tornare indietro e riconfigurare i propri presupposti. La circolarità, che è viziosa in logica, potrebbe quindi risultare virtuosa nella teoria dell’interpretazione. (ROZZA, 2018).⁵⁴

Em verdade, Gadamer desenvolveu essa ideia a partir dos ensinamentos de Heidegger, mas tomando por base a obra de Schleiermacher (2000, p. 335) que entendia que tudo o que está em volta do intérprete poderia ser compreendido a partir da universalidade em que ele estava inserto e vice-versa:

Il senso di ogni arola di un dato passo deve essere determinato secondo la sua coesistenza con quelle che la circondano; Il patrimonio linguistico di un autore e la storia della sua epoca costituiscono come il tutto a partire dal quale i suoi scritti, così come il

⁵⁴ Rozza (2018) coloca que por "círculo hermenêutico" (alemão *hermeneutischer Zirkel*), por outro lado, entendemos sobretudo a velha regra interpretativa, pertencente à tradição hermenêutica no terceiro sentido do termo, para o qual, na atividade de interpretação de um texto, o resultado da interpretação de uma parte deve sempre ser comparada à interpretação do todo e vice-versa: e isto até que os dois acabem correspondendo. Aqui também, como no caso da pré-compreensão, muitas formulações da noção muitas vezes acabaram obscurecendo seus contornos; no entanto, parece ter pelo menos o mérito de chamar a atenção dos teóricos da interpretação para o fato de que isso, além de consistir em uma sucessão de atos, também tem um caráter circular, muitas vezes tendo que voltar e reconfigurar suas próprias suposições. A circularidade, que é viciosa na lógica, poderia, portanto, ser virtuosa na teoria da interpretação. (ROZZA, 2018).

singolo elemento, devono essere compresi; e, inversamente, questo tutto deve essere compreso, a sua volta, a partire dal singular. Ovunque il sapere compiuto si trova in questo círculo aparente, per il quale ogni particolare può essere compreso solo a partire dall'universale di cui è parte e viceversa. E ogni sapere è científico solo se è costituito in tal modo.⁵⁵

Hodiernamente, com o referido círculo, “sempre ingressamos em um processo de compreensão com algo antecipado”. (STRECK, 2017a, p. 29). Ele é uma maneira de entender-se que, em toda a oportunidade em que irá ser feita interpretação de uma fração, o todo precisa ser levado, também, em conta. Já a diferença ontológica é identificada, no entendimento de Heidegger, como “o ente só pode existir em seu ser e o ser sempre é pertencente a um ente”. (STEIN, 2001, p. 280-281).

É imperioso considerar-se que, neste contexto, onde existia uma metafísica que pensava o ser que significa um sujeito que se relaciona com um objeto e vice-versa, a hermenêutica visa o sujeito e o objeto, de maneira que nenhuma é o alvo principal do processo interpretivo. Nesse local, o círculo hermenêutico estabelece que o conhecido já está dentro do horizonte do conhecedor, de maneira que a interpretação passa a ser um processo infinito enquanto a existência, o ser que interpreta, é finito, de maneira que tanto na hermenêutica como na metafísica há uma separação entre a vida do intérprete e o significado da vida (infinito). Na ontologia hermenêutica, essa separação não tratada é rejeitada e reprimida, mas “retorna” na relação de circularidade. Esse entendimento encontra-se na Doutrina de Esposito (2012):

Mentre la metafísica pensava la verità (o l'essere) come rapporto che *viene istituito* dal soggetto in relazione all'oggetto e viceversa, l'ermeneutica la pensa come rapporto che *istituisce* il soggetto e l'oggetto, tale che nessuno dei due sia originario, ma già secondario. Nel círculo ermeneutico avviene che «il conosciuto sia già dentro l'orizzonte del conoscente, ma solo perché il conoscente è già dentro il mondo che il conosciuto co-determina», e dunque la pratica dell'interpretazione, non avendo una verità *oltre* l'interpretazione

⁵⁵ O ensinamento de Schleiermacher (2000, p. 335) captado pela obra de Gadamer é sobre o significado de cada palavra de um dado passo deve ser determinado de acordo com sua coexistência com aqueles que o cercam; O patrimônio linguístico de um autor e a história de sua época constituem o todo do qual seus escritos, assim como o único elemento, devem ser compreendidos; e, inversamente, esse todo deve ser entendido, por sua vez, a partir do singular. Em toda parte, o conhecimento completo é encontrado neste círculo aparente, para o qual cada detalhe só pode ser entendido a partir do universal do qual faz parte e vice-versa. E todo conhecimento é científico somente se for constituído dessa maneira.

stessa, è unità di prassi e conoscenza. Ma se l'interpretazione è un processo infinito, mentre la nostra existência é finita, anche nell'ermeneutica, come nella metafisica, permane una separazione tra la mia vita (*interpretazione finita*) e il significato della vita (*interpretazione infinita*): nell'ontologia ermeneutica «questa separazione non tematizzata è come respinta e repressa, ma 'ritorna'». ⁵⁶

Partindo dos conhecimentos esmiuçados anteriormente, prossegue-se para o fato de que, desde o surgimento do Estado Democrático de Direito, o caráter hermenêutico do Direito ganha força, uma vez que os conflitos entre os Poderes estatais se intensificaram em consequência do papel transformador de realidade que é atribuído ao Judiciário, como decorrência do projeto político insculpido na Constituição.

Subsequentemente é indiscutível a necessidade de fomentar o debate entres os três pontos que dinamizam a Teoria Jurídica hodiernamente, quais sejam: “como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta”. (STRECK, 2017a, p. 55).

Quando as análises sobre a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) são aprofundadas, atenta-se para o fato de que sua principal adversária é tão falada, inclusive aqui; ou seja, a discricionariedade judicial, idealizada pela parte majoritária dos positivistas e que encontra sua derrota em um contexto de efetiva pesquisa sobre o cerne do processo decisório e tudo o que leva a uma resposta constitucionalmente adequada.

Na obra *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, Streck (2014b, p. 9) metaforiza uma anedota que auxilia nesta compreensão:

Um hermeneuta chega a uma ilha e lá constata que as pessoas cortam (desprezam) a cabeça e o rabo dos peixes, mesmo diante da escassez de alimentos. Intrigado, o hermeneuta foi buscar as raízes desse mito. Descobriu finalmente, que, no início do povoamento da

⁵⁶ Nesse texto Esposito (2012) coloca que enquanto a metafísica pensava a verdade (ou ser) como uma relação que é estabelecida pelo sujeito em relação ao objeto e vice-versa, a hermenêutica pensa nela como uma relação que estabelece o sujeito e o objeto, de tal modo que nenhum deles se origina. , seria algo secundário. No círculo hermenêutico acontece que "o conhecido já está dentro do horizonte do conhecedor, mas só porque o conhecedor já está dentro do mundo que o conhecido co-determina", e portanto a prática da interpretação, não tendo uma verdade além da a própria interpretação é a unidade da práxis e do conhecimento. Mas se a interpretação é um processo infinito, enquanto a nossa existência termina, mesmo na hermenêutica, como na metafísica, resta uma separação entre a minha vida (interpretação finita) e o sentido da vida (interpretação infinita): na ontologia hermenêutica "esta separação ilimitada é tão rejeitada e reprimida, mas 'retorna'".

ilhota, os peixes eram grandes e abundantes, não cabendo nas frigideiras. Consequentemente cortavam a cabeça e o rabo... Hoje, mesmo que os peixes sejam menores que as panelas, ainda assim continuam a cortar a cabeça e o rabo. Perguntando a um dos moradores o porquê de assim agirem, ouviu: Não sei, mas as coisas sempre foram assim por aqui.

A partir desse recorte, o que se pode perceber? Que a historicidade e a tradição são pontos fortes demais, e, assim, o que é novo precisa de muito mais ferramentas para poder florescer, pois a razão da norma jurídica, numa interpretação eminentemente jurídica, é individualizável a partir de uma reflexão sobre o seu fundamento lógico e axiológico, o que exige, intrinsecamente uma coerência com o ordenamento jurídico e a sua conformidade com as exigências sociais historicamente determinadas.

Tal entendimento se adequa aos ensinamentos de Frosini (1991, p. 201):

*Nell'interpretazione giuridica la ratio della norma è individuabile a partire da una riflessione sul suo fondamento logico ed assiologico, che sappia tenere insieme l'esigenza, perenne, di coerenza intrinseca dell'ordinamento e la sua conformità alle esigenze sociali storicamente determinate.*⁵⁷

Isso nos leva a já mencionada problemática do senso comum teórico, que possui quatro funções principais: a) normativa, que dá sentido ao texto legal; b) sociológica, tendo em vista que homogeneíza valores; c) retórica, cujo intuito é executar a função ideológica através de argumentos e d) política, que tem como intenção manter as relações de poder. (STRECK, 2017a p. 269).

Dessa maneira, a doutrina continua segregacionista, mantendo os ideais dogmáticos jurídicos em alta e fazendo campos do conhecimento esvanecerem por completo, a fim de se fixar uma padronização cega da doutrina dominante, que, no caso da doutrina eleitoralista, se apega muito mais a questões que dizem respeito à prática da jurisprudência, das mudanças normativas (sejam as provenientes do TSE ou da legislação eleitoral) e deixam de gastar uma parte considerável de sua energia com problemas crônicos que estão na própria estrutura do Processo Judicial Eleitoral.

⁵⁷ Para este autor na interpretação jurídica, a lógica da norma é identificável a partir de uma reflexão sobre sua fundamentação lógica e axiológica, que sabe manter unida a necessidade, perene, de coerência intrínseca da ordem e sua conformidade com necessidades sociais historicamente determinadas.

Felizmente o processo civil mudou em sua legislação, e, por uma questão de compatibilidade sistêmica, exige nova postura dos atores do Processo Judicial Eleitoral, porém nem a doutrina, e muitas vezes, nem a jurisprudência reconhecem essa situação. No entender deste trabalho, estão perdendo uma oportunidade de corrigir rumos que estão fincados na legislação eleitoral praticamente desde a redemocratização do Brasil.

Daí a importância da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), que surge então com a função típica de trazer à tona aquilo que mantemos tendenciosamente em segredo (STEIN, 1983), usando como diretriz o método fenomenológico de Heidegger, partindo de séria crítica a todo o caminho trilhado pela tradição filosófica.

Isso é feito a partir do estudo da linguagem, já que, levando em conta que a linguagem é completamente mandatária de sua integração dentro da seara jurídica, como coloca Streck (2014b, p. 12): “[...] exatamente pelo fato de que o pensamento dogmático do direito, por ser objetificador e pensar o direito metafisicamente esconde a coisa mesma, obnubilando a interpretação jurídica”.

Streck (2014a) faz referência a Machado de Assis, que, em uma de suas obras, escreveu sobre um senhor chamado Macêdo, que olha um canário preso em uma gaiola em determinada loja e pergunta quem teria deixado a ave presa naquela situação. Ela imediatamente fala que não estava presa, e, ao ser indagada sobre o que pensava do mundo, ela descreve o que tem ao seu redor, que todo o resto é ilusão e que o homem da loja seria seu criado.

O homem fica atormentado e compra a ave. Depois de três semanas, repete-lhe a pergunta. Eis que o pássaro descreve as novas acomodações como sendo a definição de mundo, sendo todo o resto ilusão. Dias depois a ave foge, o dono fica muito triste, e, quando vai passear na casa de um amigo, encontra lá a ave no jardim. O senhor, mais uma vez, indaga-lhe qual a sua definição de mundo. Dessa vez o pássaro assevera que o mundo era um espaço infinito e azul, com sol por cima.

O homem completa dizendo que o mundo era aquilo tudo, inclusive a gaiola e a loja. O pássaro, sem entender, pergunta-lhe se estava louco e de que gaiola e loja estava falando. Para Streck (2014a), o que o autor fez foi antecipar em anos a virada linguística, vez que o livro *Páginas Recolhidas* de Machado de Assis, onde está o conto *Ideias de Canário*, tem sua primeira publicação em 1899.

Isso porque uma coisa aparentemente pode ser tida, pensada ou conhecida como algo, e isso pode durar anos, décadas ou até séculos, mas que, com um bom estudo linguístico, pode restar retificada. Em outras palavras, a linguagem *cria o mundo* onde estão inseridas as percepções humanas.

Para que o entendimento do acima citado seja melhor fixado, pode-se trazer para situações mais corriqueiras, como o dia a dia de uma criança. Quando nascem, os filhos, por exemplo, têm como limitações de mundo os seus pais, o seu berço, a casa onde mora, o condomínio onde vive. Nos primeiros dias, tudo gira em torno dos progenitores, de seus corpos e de seu amor.

Com o passar dos dias, a família mediata foi se tornando o seu mundo. Posteriormente, amigos da família também se integraram. Na escolinha, têm vivências completamente diferentes, cheios de colegas, professoras e aprendizados. E quanto mais anos angariarem, mais suas vidas se tornarão complexas, cheias de desafios e de infinitudes, assim como a do canário livre.

De modo a compreender o avanço da hermenêutica jurídica e a sua construção, com as nuances que lhes são próprias, até os dias atuais, mesmo que a prática forense, com destaque para a Justiça Eleitoral, não a tenha como prioridade e não se preocupe em padronizar, em termos legais, e principalmente na formatação de um proceder decisório, levando em conta a coerência e a estabilidade, que também deveria ser algo próprio desse processo, faz-se mister revisitar aqueles que contribuíram, de maneira relevante, a partir de seus aspectos mais gerais, para o atual estado da arte da decisão judicial no Brasil.

Para tanto, não basta um olhar jurídico sobre a questão, mas é necessário, também, aprofundar quais os elementos filosóficos que caracterizam e possibilitam a adequada construção de sentido sobre a aplicação do Direito. Nas palavras exatas de Streck (2014b, p. 10): “é possível encontrar respostas corretas em Direito, justamente pelo caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica”.

Necessário então revisitar a construção teórica que nos possibilita realizar esses avanços e construir uma visão mais adequada sobre aquilo que a contemporaneidade nos oferece para construir uma ferramenta que ofereça ao intérprete um caminho que o auxilie na melhora da qualidade de sua produção.

2.4.1 O Papel de Friederich Schleiermacher, Ludwig Wittgenstein, Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer no desenvolvimento da Hermenêutica Jurídica como Elo de Aproximação entre o Direito e a Filosofia

Primeiro nome a ser resgatado, no intento dessa compreensão, que é igualmente necessária para o intérprete que atua no Processo Judicial Eleitoral, é Schleiermacher (2010). Ele é considerado o fundador da hermenêutica moderna, contribuindo para que esta se tornasse uma disciplina autônoma, já que, entre os séculos XVIII e XIX, época do autor, a hermenêutica não era muito bem desenvolvida.

Para superar essa limitação, Schleiermacher propõe substituir esses conjuntos de orientações parciais por uma descrição sistemática e completa do processo interpretativo, oferecendo tanto uma *descrição* correta do modo como a compreensão ocorre quanto uma *orientação* adequada sobre como os intérpretes devem se conduzir. Além disso, Schleiermacher combateu a fragmentação da hermenêutica em uma série de disciplinas particulares. (COSTA; LIMA, 2008, p. 82-83).

Desse modo, o objetivo de Schleiermacher (2010) foi elaborar uma Teoria Hermenêutica geral, voltada a uma melhor compreensão de todos os tipos de textos, convertendo a hermenêutica em algo mais desenvolvido. Ou seja, não lhe interessava se o texto possuía uma verdade intrínseca, mas sim compreender o seu significado, sendo, pois, o primeiro pensador a ter essa preocupação, de maneira que é considerado o marco inicial da hermenêutica como ciência.

Entretanto, como se verá adiante, tal processo compreensivo, com base nos estudos de Schleiermacher (2010), há muito já forem rebatidos, como se verifica nos ensinamentos de Gadamer, com destaque para o segundo volume de seu *Verdade e Método* (2011).

Na visão desse mesmo autor, a interpretação subjetiva de Schleiermacher é aquela pela qual o intérprete deveria fazer uma incursão (ou excursão) na estrutura espiritual do autor do texto. Trata-se de uma divisão no processo interpretativo, em que, para Schleiermacher (2010), deveria uma equipe de intérpretes compreender o texto escrito, e outra compreender o pensamento do autor, o seu *espírito*, em uma espécie de interpretação psicológica. Entende o autor que:

Poder-se-ia ser tentado a pretender que toda prática interpretativa devesse ser dividida, de tal maneira que uma categoria de intérpretes, mais orientada para a língua e a história que para as pessoas, examinasse de maneira igual todos os escritores de uma língua, mesmo se alguns deles se impusessem mais em uma zona e outros em uma outra; mas outra categoria, mais orientada pela observação das pessoas e considerando a língua apenas como meio pelo qual aquelas se expressam, a história apenas como modalidades sob as quais elas existem, cada um se limitando unicamente aos autores que mais voluntariamente se abrissem a ele. (SCHLEIERMACHER, 2010, p. 36).

Essa distinção de grupos ou categorias de intérpretes, em uma visão procedimental ou metódica, é dividida em método comparativo e divinatório, havendo intérpretes mais voltados para os aspectos da língua e da gramática, e outros mais voltados para as características pessoais do autor do texto, cuja atividade seria restrita a adivinhar o sentido correto do texto com base na pesquisa da pessoa do autor, encerrando uma análise psicológica. (SCHLEIERMACHER, 2010).

Daí a separação, severamente criticada por Gadamer (2011), e hoje superada pelo círculo hermenêutico, da *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, que nada mais é do que uma falha no processo de compreensão do texto. Não há, assim, uma análise transcendental, espiritual do texto. Não se pode conceber um *espírito* por trás do texto interpretado, cujo alcance se faz por meio da interpretação teleológica, num movimento de cisão, entre o espírito e o corpo, entre o texto normativo e sua finalidade.

A cisão no método de compreensão é inoportuna. Gadamer (2011, p. 72) afirma que o “movimento de compreensão transcorre sempre do todo para a parte e, desta, volta para o todo”, ampliando-se, em círculos concêntricos, “a unidade de sentido compreendido”, estabilizando a sua ideia de círculo hermenêutico, em verdade Gadamer se posiciona contra a objetividade como ideal de conhecimento histórico, refutando o modelo metódico das ciências positivas, defendendo a generalização do modelo hermenêutico interpretativo a todo o conhecimento histórico e não histórico, como uma linguística do ser.

⁵⁸E a falta de concordância, de justeza, entre a parte e o todo, nesse movimento circular, representa a frustração no processo de compreensão. A ausência de correspondência entre o todo e a parte e vice-versa rompe com a correta compreensão de então. Não há fundamento hermenêutico ou filosófico para a cisão entre texto normativo e sua finalidade, seu fatiamento.

Com base em tais premissas, Gadamer (2011, p. 119) nos ensina que “o sentido normativo básico dos textos, aquilo que originariamente confere sentido ao esforço hermenêutico, em Schleiermacher, encontra-se em segundo plano”. Tal crítica também se estende à interpretação teleológica, que deixa a normatividade do texto de lado, numa incessante procura por sua oculta finalidade.

Para se compreender essa questão importante expor que a interpretação teleológica é um método interpretativo que visa a extração da finalidade da norma, do texto legal, de maneira que força as barreiras da compreensão, em uma busca desordenada por qualquer conteúdo científico. O intérprete reveste-se do espírito do legislador para compreender a sua finalidade, esquecendo-se de que o enunciado, o texto, as palavras escritas também fazem parte desse todo, que é objeto da compreensão. Trata-se de forma míope o processo de compreensão, como se ao intérprete fosse dado somente realizar o encontro do sentido de qualquer discurso ou texto, dispensando a verdade de seu enunciado. (GADAMER, 2011).

Outro aspecto a ser destacado na hermenêutica de Schleiermacher é uma distinção (já mencionada) entre elementos comparativos e elementos divinatórios, presentes tanto na perspectiva gramatical quanto na perspectiva psicológica. Para ele, o agir de modo divinatório possibilita compreender o sentido correto de um texto, por meio do elemento que ele chama de congenialidade. Observe-se:

Segundo Schleiermacher, a compreensão somente é possível quando há algo em comum entre o intérprete e o autor, pois, ausente essa identificação, mesmo alguém que conheça a teoria hermenêutica não será capaz de compreender o discurso. E é somente quando existe essa congenialidade (no sentido de que o intérprete identifica no gênio do escritor algo de si), derivada do compartilhamento de modos de ver e sentir o mundo, que alguém pode identificar divinatoriamente a intenção de um autor. Assim, como afirma Gadamer, ‘o fundamento último de toda compreensão terá que ser sempre um ato divinatório da congenialidade, cuja

⁵⁸ Isso é o que defende Vattimo (1980, p. 27): “Il rifiuto della ‘oggettività’ come ideale della conoscenza storica (cioè il rifiuto del modello metodico delle scienze positive); la generalizzazione del modello ermeneutico a tutta la conoscenza, storica e non; la linguisticità dell’essere”.

possibilidade repousa sobre uma vinculação prévia de todas as individualidades'. (COSTA; LIMA, 2008, p. 89-90).

Por conseguinte, essa congenialidade permite a superação dos limites da gramática e possibilita a compreensão adequada do texto, pois o entendimento de uma obra somente é possível a partir da reconstrução divinatória do ato criador, o que termina por remeter sempre à interpretação psicológica. Por sua vez, a interpretação psicológica também não prescinde de um procedimento comparativo que busque compreender sua individualidade a partir da avaliação das semelhanças e diferenças entre seus próprios textos, bem como de suas obras em relação a outras. Isso é especialmente verdadeiro, porque, se a comparação sem divinação tende a ser superficial e incompleta, a divinação sem comparação tende a carecer de toda segurança, motivo pelo qual esses elementos devem andar sempre lado a lado. Assim, a interpretação não se dá de maneira imediata, mas por meio de um processo de compressão, que será conhecido como círculo hermenêutico.

No século XX, Gadamer, com base nas críticas anteriormente observadas, leva adiante o projeto de Schleiermacher, e a hermenêutica filosófica deixa de ser meramente técnica (metódica). Foi isso que buscou e proporcionou Gadamer, ao libertar o conceito de verdade das amarras impostas pela metodologia científica. Não mais há o pensamento de que as Ciências Humanas se apresentam de forma puramente arbitrária e subjetivista.

Com isso, a Filosofia (ligada ao Direito como vetor de racionalidade; como elemento de problematização) não pode ser estudada/compreendida através da metodologia científica própria das ciências positivas. (GADAMER, 2012). Nos seus ensinamentos, foi defendida a ausência do apego ao uso de métodos para se realizar a interpretação, tratando-se, em última instância, da elaboração de uma análise antimetafísica [antisubjetiv(ist)a].

Isso porque, após o advento da *viragem ontológico-linguística* (HEIDEGGER, 2012), bem como depois do rompimento com o parâmetro filosófico da metafísica aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem passa a ocupar uma importância ímpar, não mais devendo ser tratada como uma mera intermediária entre um sujeito e um objeto. A linguagem passa a ser condição de possibilidade de construção de sentido intersubjetivamente (sujeito-sujeito). (STRECK, 2014b).

Eis a falha da Hermenêutica Clássica, e o quadro da atual hermenêutica, considerada adequada ao ambiente democrático e constitucional vivido hoje: a busca da compreensão do texto normativo por meio de métodos, comparando, sem base teórica sólida, a Filosofia (compreensão) com as ciências positivas, baseadas ainda no esquema sujeito-objeto, anteriormente aqui tratado.

Como se delimita, entretanto, a importância da linguagem para compor esse quadro hermenêutico, repete-se, que seria considerado adequado ao ambiente democrático e constitucional? Segundo Stein (2000), é a partir de Heidegger que, neste processo, ela, a linguagem, entra não como um terceiro elemento, um intermediário, entre o sujeito e o objeto, mas como verdadeira condição de possibilidade de manifestação de sentido, independentemente do método utilizado.

No mesmo sentido, como assevera Oliveira (2006), o referido filósofo alemão acreditava que só se pode falar de linguagem, no sentido específico da palavra, quando o indivíduo se revela no ser humano. Ainda, conforme o mesmo autor, “a questão da linguagem, portanto, está vinculada à questão central de seu pensamento”. (OLIVEIRA, 2006, p. 201).

Além de Heidegger, outro nome importante para se compreender a importância da linguagem no contexto hermenêutico é Wittgenstein, tanto com seu *Tractatus Logico-philosophicus*, quanto com suas *Investigações Filosóficas*. Dentro do contexto do *linguistic turn*, é em sua obra póstuma, contudo, que ele busca estudar a natureza da linguagem em uso (1999, p. 259), afirmando que:

Quando os filósofos usam uma palavra – ‘saber’, ‘ser’, ‘objeto’, ‘eu’, ‘proposição’, ‘nome’ – e procuram captar a essência da coisa, devemos-nos sempre perguntar: na linguagem onde vive, esta palavra é de fato sempre assim usada?

Wittgenstein ocupa um lugar único na Filosofia do século XX, e sua posição é difícil de ser categorizada junto a outros pensamentos. (SLUGA, 1996). Na visão de Stegmuller (1977), uma das dificuldades em alocá-lo se dá por sua completa mudança de *standards* que ele mesmo se impôs ao longo de sua trajetória.

Antes de projetar a linguagem como uma *forma de vida*, associada a um contexto de uso comum, portanto, o autor das *Investigações Filosóficas* (1999), com seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, de 1921, foi a base para o novo positivismo ou

empirismo do Círculo de Viena, também centrado na lógica proposicional de Russel e Frege, conforme Janik e Toulmin (1991).

Após o *Tractatus*, ele se afastou do caminho filosófico por entender que os problemas da Filosofia, concernentes à delimitação de uma forma linguística mais objetiva e acurada (limitada pelas possibilidades do mundo), já estavam resolvidos. O *Tractatus* (1994) é, assim, uma obra de cunho positivista, pois traz uma representação atomística da realidade. A obra mostra as proposições e os fatos como se tais particulares fossem da linguagem e do mundo, e traça uma estrada explicativa embasada na lógica formal. (SOMBRA, 2012).

Para o *primeiro* Wittgenstein (1994), todas as proposições da nossa linguagem, se podem ser ditas, estão logicamente em perfeita ordem. Na sua obra, a figura do sujeito utilizador da linguagem surge não como mundano, mas como um limite do mundo. No *Tractatus* (1994) são modelados os *standards* da teoria da figuração, quais sejam, a proposição elementar integrada por nomes e fatos simples formados por coisas dispostas no mundo.

A partir da proposição elementar, o filósofo, nesta etapa de seu pensamento, estrutura a linguagem complexa, que é a articulação lógica das proposições elementares. Ela é geradora de afirmações contingentes sobre a vivência de mundo que, contudo, necessita de verificação factual para posterior confirmação. Desse modo, as proposições com sentido são aquelas que espelham a realidade.

Para Wittgenstein (1994), a verdade da tautologia é certa, a da proposição é possível e da contradição seria impossível. Pode-se depreender dos conceitos de proposições e objetos de Wittgenstein (1994) que, para uma proposição (ideia, palavra), há um fato (objeto, coisa) correspondente.

Destarte, o que figura na linha ontológica ou necessária está no grupo tautológico. Todas as proposições detentoras de sentido, ou seja, que são verificadas por fatos simples, são expostas por intermédio de notações lógicas. Entretanto, a lógica, em si, não permite ser explicada por proposições.

Karl-Otto Apel, na obra *Transformação da Filosofia*, traz à tona a *master line* da interpretação hermenêutico-transcendental da teoria lógica do *Tractatus*. Ambos os termos, “compreender” (*Verstehen*) e “sentido” (*Sinn*), tão utilizados na obra de Wittgenstein, já sugestionam a carência da descoberta de uma tal relação. (APEL, 2000, p. 395).

Para aqueles que adotam o entendimento da verdade como correspondência, dada proposição só é verdadeira nas situações em que ela é demonstrada no mundo real. No *Tractatus* (1994), há uma nova concepção de correspondência, que é, de certo modo, um tanto radical; um estado de coisas corresponde a uma proposição elementar que o descreve, caso cada um dos objetos que o compõem seja o significado de todo nome que faz parte da proposição elementar. (CUTER, 2003).

Como se vê, as ideias contidas no *Tractatus* (1994) são bastante restritivas: para algo ser verdadeiro, deve estar associado a um fato simples que o ratifique, como se fosse um modelo hiper-radical do mundo das ideias *versus* mundo dos sentidos de Platão (2000).⁵⁹ Fator fundamental da realidade tractatiana, como se depreende do que foi observado, ainda que implicitamente, até aqui, é o sujeito. Ele só pode ser mostrado como um sujeito metafísico. Afinal, “onde no mundo se há de notar um sujeito metafísico? Você diz que tudo se passa aqui como no caso do olho e do campo visual. Mas o olho você realmente não vê. E nada no campo visual permite concluir que é visto a partir de um olho.” (WITTGENSTEIN, 1994, aforismo 5.633).

Na primeira fase de Wittgenstein, portanto, o sentido é uma espécie de figuração, uma cópia dos fatos. Já na segunda, ele é dado pelas regras que nós associamos a cada palavra, como se observará a seguir.

Na linha que aqui se adota, o *segundo* Wittgenstein não pode ser considerado um desenvolvimento linear do primeiro, embora trate da mesma temática. Na verdade, o que se dá na segunda fase é “uma crítica radical à tradição filosófica ocidental da linguagem. As *Investigações Filosóficas* (1999) são uma oposição ao *Tractatus*, haja vista que, nesse, o autor se propõe a uma teoria objetivista da linguagem”. (OLIVEIRA, 2006, p. 137).

Nas *Investigações* (WITTGENSTEIN, 1999, p.199), é dito que “compreender uma frase é compreender uma língua” e que “a linguagem é o resultado de acordos”.

⁵⁹ Ao contemplar todos os fenômenos naturais, Platão chegou à conclusão de que alinhado a todos eles havia um número finito de formas, que receberam o nome de ideias: a “ideia porco”, “ideia cavalo”, “ideia homem” etc. (GAARDER, 2005, p. 100). Sócrates acreditava que havia uma realidade independente do mundo dos sentidos, qual seja o mundo das ideias somente atingível por meio da utilização da dialética (MACHADO; WERMANN, 2016), no qual existem os padrões e os paradigmas, as imagens eternas e imutáveis, tal qual a paisagem cheia de luz solar vislumbrada pelo escravo que se libertou no Mito da Caverna descrito em A República de Platão (2006).

(WITTGENSTEIN, 1999, p. 355). Ambas retiram um pouco da estrita necessidade de lógica no processo de sistematização da linguagem, admitindo o papel da contingência em tal feitura.

O pensamento da segunda fase de Wittgenstein é, assim, prioritariamente antissistemático. (OLIVEIRA, 2006). Ele estuda em abundância a face independente da linguagem, pois haveria um tom emancipatório na existência da linguagem, uma vez que “a filosofia é uma luta contra o enfeitiçamento do nosso entendimento pelos meios de nossa linguagem”. (WITTGENSTEIN, 1999, p. 109).

Por fim, com o *Tractatus*, tem-se, a partir dessa tentativa de isomorfia, em que a linguagem surge como uma cópia dos fatos, necessariamente um sujeito solipsista. Afinal, se *os limites da linguagem são os limites do mundo*, como projeta o primeiro Wittgenstein (1994), tais limites são dados a partir do sujeito.

Já o *segundo* Wittgenstein, ou seja, o das *Investigações Filosóficas* (1999), ataca essa mesma concepção individualista da linguagem, rompendo com o dualismo epistemológico e antropológico. A linguagem não mais está apartada do mundo, descrevendo-o. Agora faz parte dele.

Só para ressaltar um contraponto, em Heidegger, por sua vez, o intérprete está dentro da linguagem, imerso por ela, e nunca a abandona. Aliás, sempre fala a partir dela. (OLIVEIRA, 2006). *Todo o pensar se agita no peito da linguagem*, articulando-se em uma abertura, permitindo para nós experiências e compreensão sobre o mundo.

Essa abertura não ocorre apenas por conta da subjetividade em que os homens estão inseridos. Ela nos “marca, determina e nela se dá a revelação dos entes a nós”. (OLIVEIRA, 2006, p. 206). Assim, “há, em toda a ação humana, uma compreensão antecipada do ser que permite que o homem se movimente no mundo para além de um agir no universo meramente empírico, ligado a objetos”. (STRECK, 2013, p. 213).

Por outro lado, Gadamer (2012) vai além desta discussão metodológica, partindo do conceito de *Dasein* de Heidegger – o ser humano, o ser-no-mundo, um ente privilegiado que compreende a si mesmo e os outros –, entendendo que a analítica temporal do ser humano demonstra que a compreensão não é um modo específico de comportamento do sujeito, mas um existencial, uma maneira de ser do *Dasein*. Heidegger (2012) se preocupou unicamente em desenvolver a estrutura prévia da compreensão, imbuído por uma finalidade essencialmente ontológica;

Gadamer (2012), por sua vez, buscou compreender como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão.

Para o próprio Gadamer (2012, p. 354), é necessário repensar a hermenêutica a partir de uma análise da sua temporalidade:

[...] não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo [...]. Precisamos seguir essa relação entre 'linguagem e mundo', para alcançar um horizonte adequado para o 'caráter de linguagem da experiência hermenêutica'.

O referido autor não se preocupa com a formação de uma ciência da compreensão, sem procurar trazer para a hermenêutica um sentido “teórico-instrumental de elaboração de regras para a compreensão”. (OLIVEIRA, 2006, p. 227).

Pretende, no mais, entender como seria possível a compreensão, partindo de Kant, para ir bem além desse filósofo, contrariando a subjetividade isolada e separada da história. É que o *ser-no-mundo* não pode superar a sua própria faticidade. Por isso, o compreender não é a transferência para o interior do autor ou uma mera reprodução de suas vivências,⁶⁰ mas um entender sobre a *coisa*. A compreensão é a própria interpretação, e toda interpretação surge e evolui no seio da linguagem. O deixar o vir à palavra e é a linguagem própria ao intérprete. Não sendo a “hermenêutica base metodológica das assim chamadas ciências do espírito, mas um aspecto universal da filosofia enquanto tal” (OLIVEIRA, 2006, p. 245), por isso é ela filosófica.

Gadamer (2012) acredita no caminho da linguagem como superação da metafísica, porque esta “não é um projeto de mundo da subjetividade: ela é menos linguagem do homem do que linguagem das coisas, pois nela acontece a correspondência entre subjetividade e objetividade”. (OLIVEIRA, 2006, p. 247). Para Gadamer (2012, p. 406), compreender é interpretar, e:

[...] relacionado com isso está o fato de que a linguagem e a conceptuabilidade da interpretação foram reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso o problema da linguagem que ocupava uma posição ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia.

⁶⁰ Como pensava a escola da hermenêutica psicológica de Schleiermacher, segundo o autor.

Fica claro que a linguagem muda de patamar no processo compreensivo do intérprete nesse quadrante histórico, e passa a ser um elemento de conexão, que liga o conteúdo internalizado do intérprete com o conhecimento a ser aplicado no processo interpretativo. Nesse sentido, Gadamer (2012, p. 497) também diz que:

Compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo na linguagem e não se transferir para o outro e reproduzir suas vivências. Destacamos que a experiência de sentido, que assim ocorre na compreensão, implica sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que todo esse processo é um processo de linguagem. [...] A linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão.

Aí está a importância do giro ontológico-linguístico para o intérprete do Direito. Ele, o *giro*, se dá através da ruptura com a filosofia da consciência, paradigma da subjetividade, já no século XX, através dos autores até aqui revisitados, em especial o Wittgenstein (tanto o do *Tractatus* – já colocando a linguagem em um plano central – quanto o das *Investigações Filosóficas*, rompendo com o solipsismo presente na obra seminal), além de Heidegger e Gadamer (estes, já mais alinhados à questão da hermenêutica).

É importante afirmar que isso não ocorre apenas pelo fato de os problemas filosóficos se tornarem também problemas linguísticos. Há uma verdadeira transferência do conhecimento para o âmbito da linguagem, local em que o mundo se descortina e que se dá a compreensão.

É perceptível, nesse novo prisma, que o sujeito não é o protagonista do conhecimento. Ele está lá, mas não assujeita mais o objeto. A compreensão se apresenta como um pressuposto da própria condição humana, fazendo parte da dimensão ontológica, ou, ainda, do que se compreende como círculo hermenêutico-ontológico. (STRECK, 2010).

Pode-se dizer que a ontologia aqui abordada está vinculada à questão da própria hermenêutica, de maneira que o ser que compreende o faz na medida em que captura os sentidos presentes na linguagem, que dá o limite significativo das expressões interpretadas.

Dessa forma, encontra-se ela imbricada, envolvida com a pré-compreensão, entendida como elemento prévio de toda a expressão do ser, inclusive na linguagem. (STRECK, 2010). É nesse sentido que a consciência do intérprete perde espaço para a linguagem ganhar força num horizonte de intersubjetividade. Não há

relacionamento entre pessoas e coisas sem intermediação de sentido pela linguagem. É ela, enfim, *condição de possibilidade* para o processo de integração aqui estudado. Por isso, a novel ontologia passa a ser uma ontologia da linguagem. (OLIVEIRA, 2006).

Dessa forma, “a filosofia faz-se, assim, uma ontologia hermenêutica, isto é, interpretação do sentido de ser, enquanto sentido que subjaz a toda e qualquer atividade do homem no mundo”. (OLIVEIRA, 2006, p. 208). Do homem como homem, como ser pensante que existe e atesta a sua existência e a dos outros seres, pois, compreendendo o homem, poderão ser vislumbradas as suas possibilidades.

Com isso, na atualidade do Direito, não há como se interpretar à margem da *viragem ontológico-linguística*, de uma *virada hermenêutica*, muito menos, até em respeito aos avanços paradigmáticos inclusive do ponto de vista filosófico, há como se excluir de uma parte do Direito, no caso o Processo Judicial Eleitoral, até porque, intrinsecamente conectada a este, os avanços que o processo civil positivou por meio do Código de 2015, esse ponto deste trabalho se fixa por entender que essa é uma possível chave que pode virar a situação atual da atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral, empregando mais previsibilidade à sua atuação. O Direito não pode se furtar do *giro*, em nenhuma seara, admitindo a busca por uma finalidade que só se encontra na consciência do intérprete/juiz. (STRECK, 2017d).

Destarte, conforme dito por Tassinari (2017, p. 141):

Se torna cada vez mais importante recuperar o diálogo entre o Direito e a Filosofia, pois somente através do questionamento, próprio da reflexão filosófica, será possível enfrentar a problemática do fundamento do Direito, proporcionando assim mudanças no modo como compreender os seus institutos e instituições.

A primeira dessas transformações possibilitadas pela aproximação entre Direito e Filosofia é a atribuição de materialidade às construções jurídicas institucionais, tornando factível a concretização do projeto constitucional (e da sociedade) que foi elaborado por nossa Constituição de 1988 e que apenas se tornará efetivo pela via de uma postura que abandone o sistema autorreferente de fundamentação (a lei com fundamento em si mesma).

Importante todos esses pontos para se abstrair que, atualmente, não há como aceitar um ato de julgar que se lastreie em indicar a finalidade do texto, de uma maneira que diga respeito à consciência de um juiz (decisão solipsista), ou seja, como se o ato de julgar estivesse à mercê de um tribunal da razão ou, ainda, ficasse a cargo da boa vontade de um julgador. (STRECK, 2017d).

A vontade da lei/do texto jurídico é algo que não pode ser consultada, porque, de fato, não existe nem no mundo das ideias. Norma não pensa, logo, não tem intenção, sentimentos e nem direcionamento próprio. Quem a direciona e aplica é o intérprete. Separar o horizonte de compreensão da norma da pré-compreensão do julgador situado no mundo (e, portanto, num *a priori* compartilhado de sentido) não é algo factível.

Por isso é imperioso que se pontue os problemas, do ponto de vista hermenêutico, no tocante ao arcabouço teórico legislativo e da própria atuação da Justiça Eleitoral, quando no exercício processual jurisdicional, respeitando a matriz deste trabalho, pois são reflexos de desvios também de outras áreas do Direito, para que possamos propor soluções, como este trabalho fará no seu desfecho.

2.5 Fixando o Problema Hermenêutico Brasileiro: o realismo da justiça eleitoral e a interpretação teleológica (a finalidade da lei como problema)

A atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral lança mão, usualmente, até pela base legislativa que dispõe, de práticas equivalentes ao que se conhece em Direito como Realismo Jurídico; essa corrente está relacionada à formulação de uma Teoria Descritiva da decisão judicial, sendo encarada geralmente sob dois prismas, o da realidade social e um outro que empresta maior atenção às formas como a solução estatal jurídica se constrói, ou seja, as razões subjetivas que contribuem para a atuação do Estado enquanto estrutura que soluciona conflitos entre os jurisdicionados.

Quando se fala em Realismo Jurídico, logo se pensa em descrição. Os teóricos conectados ao Realismo Jurídico, a exemplo de Richard Posner, por exemplo, reconhecem que o direito é uma atividade, vista a partir de uma teoria que fundamente a previsão das decisões dos juízes; para ele, nos casos difíceis, o

Direito não visa uma resposta correta, mas razoável; os juízes não são reprodutores de decisões políticas anteriores, mas agentes responsáveis; o Direito está ligado à ciência, mas não pode perder a ligação com a necessidade de coerção. (POSNER, 2007).

Trata-se de “uma corrente da Filosofia do Direito que identifica como direito válido somente aquele que é realmente eficaz, sem levar em consideração o que a norma diz, mas sim o que é efetivamente praticado pelos juízes”. (SILVA, 2003, p. 177). Foi idealizado como uma oposição ao Positivismo Jurídico, ao jusnaturalismo (ambos já abordados neste trabalho) e ao idealismo jurídico.⁶¹

Essa corrente tem muitas vertentes, as divisões mais referidas é a que distingue o realismo norte-americano (Gray, Holmes, Llewellyn e Loyd) e o realismo escandinavo (Hägerström, Lundstedt, Ross). (SILVA, 2003). O realismo americano abriga várias formas, dentre elas o *Critical Legal Studies*⁶² e a Análise Econômica do Direito.⁶³ (POSNER, 2007). Para Posner, enquanto o *Critical Legal Studies* advém do Direito como Política, a Escola do Direito e a Economia o enxergam como Economia, porém, ambos se assemelham, ao buscar suas fontes fora do espectro jurídico. (BOLLMANN, 2009).

Outro teórico dessa corrente (ROSS, 2003) busca, através da sua construção científica a consistência e a previsibilidade do comportamento verbal externo dos juízes, além do lado psicológico, por entender que esses comportamentos decorrem de significados e motivações oriundas da ideologia normativa, e não pessoal, dos juízes, para ele o Direito é uma expressão linguística diretiva, sem significado direcionado, mas buscando exercer uma influência que visa direcionar as pessoas, jurisdicionados, a agirem de uma determinada forma, ligando sempre suas ideias à ideologia, entendendo que o juiz age pelos fins sociais defendendo uma imbricação entre Ciência do Direito e Sociologia do Direito, mas com uma abordagem diversa.

⁶¹ Doutrina voltada para o interior do ser humano em busca de uma realidade subjetiva onde se possa alcançar um processo espiritual universal criador da experiência jurídica, podendo ser encontrado na construção de Hegel, que entendia que o Direito resultava de um processo dialético do espírito.

⁶² “O “Critical legal studies” (CLS), por sua vez, retoma as teorias de Marx, o realismo americano e o desconstrutivismo de Derrida, e, entre os anos 1970 e 1980, desenvolveu a concepção de que o direito não é racional ou justo, mas sim arbitrário, historicamente condicionado para exercer a função de cumprir fins políticos e econômicos do liberalismo”. (POSNER, 2007, p. 206).

⁶³ Com influências do utilitarismo, da filosofia pragmática e da análise econômica, a AED é uma teoria que, evitando a metafísica abstrata, privilegia as consequências previsíveis cujos efeitos econômicos sejam mais benéficos para o sistema (indivíduos e comunidade), maximizando a riqueza num juízo de custo/benefício, ainda que de forma contrária aos precedentes. (POSNER, 2007, p. 85). Conforme Posner, a Análise Econômica do Direito (AED) é um ramo da Economia, e, por isso, é uma ciência. (FARALLI, 2006, p. 36).

Assim, para esta corrente, o Direito se cria na decisão judicial, sendo que para os realistas a maneira de se decidir pode levar em conta fatores externos a atividade judicante Poder Judiciário; ou seja, por vezes leva a uma desvinculação da construção normativa existente.⁶⁴ O Direito seria aquilo que é projetado na decisão, independente, às vezes, da fonte, da base pela qual a decisão se construiu; ou seja, coloca-se como um conjunto de coisas, juridicamente observadas e analisadas.

Voltando às correntes principais do Realismo Jurídico, o escandinavo e o norte-americano, importante salientar que o último tem como maiores expoentes John Chipmann Gray, Moris Cohen, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn e Oliver Wendel Holmes e suas características principais são:

a) Mantém sua atenção nas mudanças e não sobre o caráter estático da realidade jurídica; b) afirmam que os juízes exercem uma atividade criativa sobre o direito; c) O direito é concebido não como fim, mas como meio para alcançar objetivos sociais; d) assumem uma atitude científica direcionada a fatos sociais; e) em sua concepção, o conjunto de regras jurídicas não se coloca como principal objeto de análise pela Ciência do direito; f) criticam os conceitos jurídicos tradicionais e as normas entendidas em sentido tradicional e advogam que essas últimas nada mais seriam que profecias ao indicar o que os tribunais provavelmente irão fazer, aqui houve, é bem verdade, uma fratura no movimento realista frente às divergências travadas entre Frank e Llewellyn. (STRECK, 2017a, p. 245).

O escandinavo, como visto anteriormente, que tem como principais expoentes Axel Hägerstrong, Karl Olivercrona, Lundstedt e Alf Ross, voltava-se ao estudo de conceitos jurídicos fundamentais, de maneira que se percebe que era mais teórico que a vertente estadunidense, pois:

Assim como os autores americanos, os escandinavos chamaram a atenção para a necessidade de explorar os fundamentos sociológicos do direito, numa postura que deveria ser traduzida como

⁶⁴ Em *What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making*, o juiz federal norte-americano Alex Kozinski parece supor que as discussões do realismo jurídico têm caráter normativo, inflando o ego dos juízes e estimulando a adoção de posturas que ignorem os imperativos e limites da função de julgar. Kozinski criticava aquilo que considerava uma exagerada postura “realista” de acordo com a qual fatores extrajurídicos, por vezes bizarros, poderiam influenciar a tomada de decisão pelo Juiz. Em uma passagem, Kozinski afirma: “So, if you accept that what a judge has for breakfast affects his decisions that day, judges should be encouraged to have a consistent diet so their decisions will consistently favor one set of litigants over the other” (KOZINSKI, 1993, p. 71), ou seja, se você aceitar que o que um Juiz tem no café da manhã afeta suas decisões naquele dia, os juízes devem ser encorajados a ter uma dieta consistente para que suas decisões favoreçam consistentemente um conjunto de litigantes sobre o outro.

um rechaço ao dogmatismo da norma jurídica; para eles, o direito válido não seria outra coisa senão a predição daquilo que os tribunais decidiriam, na exata medida do pensamento americano; sustentaram ser imperioso, ainda, investigar as formas efetivas por que o Processo Judicial e administrativo funciona, não aceitando como explicação a existência de regras escritas que vinculariam os juízes e funcionários, porque essa explicação seria parcial e deixaria sem justificação incontáveis problemas relevantes. (CAVALCANTE; RIBEIRO, 2007, p. 4).

Em suma, a versão escandinava surgiu entre os anos de 1908 e 1917. De igual modo, o molde estadunidense ganhou vida na primeira metade do século XX, de maneira que: “Em termos gerais, o realismo jurídico é uma postura de viés não-cognitivista [...] traduz-se numa forma acabada de positivismo fático que [...] acabou por abrir caminho para discricionariedade e decisionismos”. (STRECK, 2017a, p. 246).

Nessa corrente, o Direito se confunde com o fato social, e o juiz tem uma razão fundante de sua função que tem a ver com a finalidade social do seu agir; por vezes isso era compreendido como a própria decisão judicial.

As ideias compartilhadas pelos realistas, no período supracitado, foram expostas por Schauer (2009a), para quem a base da Teoria da Decisão Judicial sustentada por esta doutrina pode ser descrita em uma hipótese de duas partes (BRANDO, 2013, p. 26):

A primeira consiste na proposição de que a maioria dos juízes tem uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos. A segunda parte consiste na proposição de que o juiz raramente terá dificuldade de encontrar a roupagem jurídica para a decisão tomada no vasto e complexo universo de materiais jurídicos existentes: o direito seria suficientemente indeterminado para permitir essas manipulações argumentativas.

Quanto a sua aceitação/sobrevivência em solo brasileiro, é possível observar que a Teoria Realista vigora de uma maneira não muito organizada, sem que haja qualquer substrato científico. Na prática é uma doutrina de fora que foi posta no Brasil de forma impensada, não planejada, ao ordenamento nacional. Poder-se-ia dizer, inclusive, que sua instalação se deu até sem os responsáveis perceberem.

Muitas são as situações em que isso se externa. No fundo os julgadores, com destaque para os que atuam nas Cortes Superiores pátrias, simplesmente iniciaram

uma atividade judicante que privilegia entendimentos próprios, desvinculados de técnica e, por vezes, até de vinculação jurídico científica.⁶⁵

Essa situação é percebida, sobremaneira, na Justiça Eleitoral, em casos que fazem parecer que o *dever ser* dos agentes estatais que trabalham com o Direito inexistente, e alguns entendem que devem agir de maneira aleatória, a partir de inúmeras decisões disponíveis e de acordo com os gostos pessoais do julgador. Nessa figura, todas as decisões estão corretas e qualquer uma delas será aplicável.

Como aceitar tal quadro dentro do Poder Judiciário nacional? Como pode haver, concomitantemente, uma Constituição (que ordena decisões fundamentadas e preza pelo *dever ser*) e, ao mesmo tempo, um cenário de decisionismos no Processo Judicial Eleitoral (imprescindível para a estabilização democrática do País)? Como restarão respeitados, assim, todos os princípios constitucionais que determinam o processo e a decisão hábeis, previsíveis, com proteção ao devido processo legal, a segurança jurídica e garantia de proteção da completude dos direitos fundamentais, dentro da seara processual/constitucional?

Por essas questões, pode-se afirmar ser preocupante que o realismo se acomode no Brasil, em uma versão tupiniquim, é verdade, sem muitas preocupações com a doutrina realista propriamente dita, de maneira que os que o praticam não tenham ideia do que está por trás disso, às vezes nem muito bem o que representam as suas atitudes. Quando se fala em termos de Justiça Eleitoral, o problema, no entendimento dessa doutrina, é ainda maior, levando em consideração os bens tutelados por essa Justiça especializada.

Fala-se, aqui, não de uma situação de somenos importância. Ao contrário, a atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral atinge diretamente a cidadania, a proteção do exercício dos direitos políticos e a manutenção do respeito ao ordenamento jurídico na escolha de quem representará o povo nas várias instâncias de representatividade, desde os cargos dos poderes legislativos dos menores municípios do País até o presidente da República.

⁶⁵ No STF encontram-se passagens que demonstram a desvinculação jurídico-científica de decisões da Corte Suprema; o ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, já afirmou: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”. (MELLO, 2010). Em outras palavras, decido, depois fundamento. O mesmo Ministro ainda complementa: “E como a interpretação é acima de tudo um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio”. (MELLO, 2010). Entender a interpretação desta forma é uma porta aberta ao arbítrio, ponto a ser abordado mais adiante nesta Tese.

Sem segurança jurídica, os elegíveis, os eleitos e os eleitores se veem nas mãos de uma Justiça que tem, no seu leque de possibilidades de uso, dispositivos legais que se prestam a justificar a prática de um realismo com contornos próprios e livre de preocupações científicas, com decisões judiciais solipsistas, detentoras de sérios problemas, devido até à utilização do livre convencimento (mesmo que isso já tenha sido teoricamente erradicado do ordenamento processual civil pátrio a partir do Código de Processo Civil de 2015) e com decisões que, aparentemente, não respeitam nem as normas constitucionais básicas. O povo e seus representantes ficam à mercê da consciência, do *state of mind* e do senso de conveniência dos responsáveis pelas decisões judiciais.

A preocupação em se construir um controle da atividade jurisdicional, na história da Teoria do Direito reflete a preocupação com o método, isto é, com o enfrentamento da questão sobre como se interpreta e aplica o Direito. Savigny é um dos autores mais conhecidos por criar uma *categorização* neste sentido.

Por muito tempo, esses métodos repercutiram largamente no ambiente teórico brasileiro, porque a ideia de segurança jurídica sempre esteve muito associada à existência de uma metodologia que desse conta da aplicação do Direito – e isso Savigny trabalhou de forma detalhada.

Importante esse destaque, principalmente quando se tem parte considerável da Suprema Corte do País entendendo que interpretação pode ser um ato de vontade, ou seja, algo desvinculado de limites. Caso não houvesse uma Constituição Federal, poder-se-ia até se pensar em levar isso consideração, mas é cedo, não é o caso.

Mesmo com os métodos clássicos de interpretação dos textos jurídicos tendo sido apresentados por Savigny (2001), jurista alemão do século XIX, que desenvolveu estudo destinado à compreensão do Direito a partir de uma análise positivista, através dos métodos gramatical (filológico), lógico, histórico e sistemático, no ambiente do sistema jurídico brasileiro, não houve a devida compreensão e incorporação correta dos ensinamentos desse Autor; ou seja, este fora mal-interpretado no Brasil, tendo sido recepcionado de maneira acrítica, sem se levar em consideração o ambiente histórico e social em que essas teorias foram desenvolvidas, sempre apostando no protagonismo judicial como mote em qualquer teoria que seja uma novidade por aqui.

No caso da repriminção desta metodologia trabalhada por Savigny fica patente que esta encontra guarida em território nacional, e que a sua metodologia por aqui sobrevive; porém há de se diferenciar o que a escola histórica propõe e o que é trabalhado por aqui. Para Savigny, segundo Streck (2017, p. 88):

[...] a questão dos cânones da interpretação representa apenas mais um apêndice. Vale dizer, o x da questão para a escola histórica não estava na interpretação do Direito legislado, mas sim na afirmação de um Direito que fosse concebido radicalmente como produto da história e que não buscasse apurar a sua autoridade em alguma realidade transcendente. Na verdade, o historicismo opera, efetivamente, o trânsito do jusnaturalismo para o juspositivismo (entendido como ênfase ao Direito positivo, mas não numa perspectiva de ciência positivista, como se constrói a partir o século XIX). Fica no meio do caminho, mas não é nem jusnaturalista (ao contrário, representa uma postura crítica com relação ao racionalismo) e tampouco positivista, haja vista a ênfase que se dá a contextualização histórica – quase exotérica – dos institutos jurídicos. A escola histórica nessa perspectiva, opera uma reação aos postulados da supratemporalidade dos ideais de justiça existentes no ambiente jusnaturalista, afirmando ser o Direito um produto histórico (portanto, temporal). Desloca-se, assim, a atenção do jurista para a positividade do Direito e sua realidade, temporalmente condicionada.

Esse Direito então é um produto histórico e não uma arbitrariedade pronunciada, sem qualquer base, por alguma instância decisória que seja legitimada por um corpo político soberano superior. Embora sejam diversas as vezes em que Savigny equipara o Direito à Lei, essa Lei é algo, para ele, que emerge da história de uma comunidade (do espírito do povo, que transcende a consciência dos cidadãos), é no povo que ele identifica o autêntico criador do Direito Positivo.

Apenas para diferenciar os métodos e expor bem o que havia nesse contexto savignyano: o método gramatical implica na tentativa de observância exclusiva do sentido literal da lei. É, de certa forma, autoexplicativo. Usualmente, é o primeiro método de interpretação utilizado em um dispositivo legal, mas não o único, já que o sentido literal leva ocasionalmente a equívocos interpretativos.

Para Reale (1996), a despeito das críticas ao sistema exegético (que utiliza primordialmente o método gramatical), sempre que é editada uma nova lei, é inevitável render-se ao primeiro dos sentidos que as palavras ali postas apontam. Ou seja, diante de uma lei recentemente promulgada, é comum que primeiro seja analisada a sua redação, algo que remeta a uma interpretação gramatical e lógico-sistemática. Certamente isso se caracteriza como mera aparência, na medida em

que a ideia de produção de sentido, a partir do texto legislativo, envolve uma fusão entre os horizontes do intérprete e os limites do que informa a redação de determinado dispositivo.

Por sua vez, o método sistemático entende que a Constituição é um todo e não pode ser interpretada por partes. Se faz necessária uma correlação entre todas as normas, pois só se consegue interpretar com base no conhecimento de todo o sistema jurídico. Segundo o método histórico, é preciso investigar o que aconteceu ao longo do tempo, no que tange ao dispositivo legal tratado, bem como sobre o assunto nele versado. Afinal, isso pode alterar o processo interpretativo.

Com o desenvolvimento da Sociologia, houve a necessidade de se adequar o entendimento a respeito das normas existentes e da conjuntura social, de modo que ambos caminhassem lado a lado para melhor interpretar os textos jurídicos (seja a Constituição ou os Códigos). As mudanças sociais, com o passar do tempo, começaram a ser melhor percebidas e catalogadas.

Ao lado dos métodos apontados por Savigny, Ihering (1968) apresenta a interpretação teleológica ou finalística (um verdadeiro, hoje, instrumento da implementação de posturas realistas, mas que fora desenvolvida *no* e *para* o século XIX – embora ainda usada, mas sem a devida filtragem constitucional), que foi de certa forma utilizada por Savigny na construção de seus métodos tradicionais de interpretação aqui já percorridos.

O referido autor se apresenta, inicialmente, como seguidor da Escola Histórica e da Pandectística, mas em uma visão de aproximação do Direito com as Ciências da Natureza; porém, essa modalidade de interpretação é confundida algumas vezes por alguns com a interpretação sistemática. Tem-se por base inicialmente que ela se apresenta, na verdade, como um instrumento para o afastamento do que está expresso no texto legal, seja ele constitucional seja infraconstitucional, e de privilégio aos atendimentos pessoais dos intérpretes julgadores, ou seja, é um instrumento de ode ao subjetivismo.

Destaque-se que Ihering teve sua trajetória dividida em duas fases bem acentuadas. A primeira foi conhecida como histórico-natural. Este período se caracterizou por renovar as pacificações jurisprudenciais anteriores. (GUERRA FILHO, 2009). Ele se ocupava, em tal fase, em contrariar o que tinha dito Savigny em seus escritos, quando disse “a interpretação dele imperou durante toda a primeira metade do século XIX e foi Ihering quem primeiro apontou os lados

insustentáveis da concepção do mestre”. (CORRÊA, 1992, p. 25). Além disso, durante esse primeiro momento, para Losano (2008), em Ihering não havia integração de elementos externos em sua concepção primária.

Losano (1968, p. 228) separa as duas fases do aludido autor, colocando que, na primeira, prevalece fortemente o aspecto sistemático, integrativo, quando ele propõe estudar a estrutura interna do Direito para compreender a forma que a sua produtividade se dava. Na segunda fase, prevalece o aspecto teleológico e funcional; ele procura a partir daí o significado do Direito fora do Direito propriamente dito, nos interesses sociais:

Nella prima fase prevale nettamente l'aspetto sistematico. Jhering si propone di studiare la struttura interna del diritto per cogliere le leggi della sua produttività. Nella seconda fase prevale l'aspetto teleologico e funzionale. Jhering ora cerca il significato del diritto fuori dal diritto stesso, cioè nell'interesse del singolo e negli scopi della comunità sociale.⁶⁶

O *segundo* Ihering, sua segunda fase, então, emergiu a partir da obra *A Finalidade do Direito* (em 1877). Nesse momento, é interessante a mudança de perspectiva do autor. Antes, ele se ocupava de apenas não se conformar com o Direito positivado. Mas a partir da segunda fase, ele procura um “elemento unificador fora do próprio direito, no escopo que o direito persegue, ou seja, no interesse não apenas do indivíduo, mas também da sociedade”. (LOSANO, 2008, p. 351).

Ele se posiciona de maneira a assumir que a atividade do juiz e a do legislador seria do tipo voluntarista. Ihering (1968), assim, começa a questionar sobre a existência da razão de cada um em sociedade. Inova em conceber um Direito voltado totalmente para a realização de sua função social. Um fim maior, que poderia ser interpretado hoje como algo além das regras do sistema constitucional.

A partir desta visão, como qualquer outra coisa no mundo, o Direito vigente origina-se da transformação de algo. Ele não é simplesmente criado. Não é um fim em si mesmo. Por isso, para esse autor, as normas e os atos jurídicos devem ser interpretados de acordo com a sua finalidade, sem pensar exclusivamente nos meios.

⁶⁶ Losano explica que Ihering em sua primeira fase, tem o aspecto sistemático claramente mais destacado. Jhering pretende estudar a estrutura interna da lei para entender as leis de sua produtividade. Na segunda fase prevalece o aspecto teleológico e funcional. Jhering agora procura o significado da lei fora do próprio direito, isto é, no interesse do indivíduo e nos objetivos da comunidade social.

Em verdade, Ihering não concebia criações a partir da sua Teleologia, o que demonstra que o entendimento sobre interpretação teleológica dos dias atuais é completamente equivocado. Ele entende que seu método seria capaz de colocar luzes aos elementos jurídicos já existentes e envoltos na interpretação realizada, parecendo que ele admite ser o seu método composto de elementos não científicos já que confere maior atenção às condições histórico-sociais pertinentes à interpretação.

Nesse sentido, é interessante o ensinamento de Porzio (1961, p. 255):

Come tale l'interpretazione non è un'operazione esclusiva della scienza giuridica in quanto ogni scienza ha necessariamente un momento interpretativo. Del resto l'interpretazione non crea — secondo Jhering — nulla di nuovo, non fa se non porre in luce gli elementi giuridici esistenti. Sembra quasi che Jhering la consideri priva di un vero e proprio carattere scientifico, poiché è quell'attività per la condizioni storico-sociali.⁶⁷

Ihering tentava retirar do Direito a sua forma prática, com suas regras e imperativos complexos, mas não permitir que a atividade interpretativa fosse livre e desconexa e criadora de normas que não existiam no mundo do Direito e das leis.

De maneira lamentável, principalmente na Justiça Eleitoral, o que se vê é que esse método interpretativo vem sendo utilizado para se negue o próprio conteúdo da Lei, se criem hipóteses não alcançadas pela Lei, para se suprimir o conteúdo da norma legal, o que demonstra clara necessidade de conferir a esse método um significado mais adequado a seus propósitos e ao contexto constitucional em que se vive atualmente.

Observe-se o que próprio Ihering (1968, p. 358-359) afirma sobre o tema:

L'interpretazione ha quindi solamente il compito di riordinare la materia, risolvere le contraddizioni apparenti, dissipare le oscurità e i difetti di precisione, mettere in luce l'intero contenuto del volere del legislatore e, persino, dedurre dalle disposizioni esistenti il principio che ne è a fondamento, traendone tutte le conseguenze.⁶⁸

⁶⁷ Esse autor explica que a interpretação, na visão de Ihering, não é uma operação exclusiva da ciência jurídica, uma vez que toda ciência necessariamente tem um momento interpretativo. Afinal, a interpretação não cria - segundo Jhering - nada de novo, não faz senão destacar os elementos legais existentes. Quase parece que Jhering a considera destituída de um verdadeiro caráter científico, já que é essa atividade para as condições histórico-sociais.

⁶⁸ Nesta passagem o próprio Ihering coloca que a interpretação tem apenas a tarefa de reorganizar o assunto, resolvendo as aparentes contradições, dissipando as obscuridades e defeitos de

É importante esclarecer que no seu método não há uma negativa às leis, muito menos ao Estado, a esse, sim, cabe a produção do Direito. Provavelmente seja esse o ponto em que aqueles que se utilizam de seu método hoje não laborem de maneira fiel, atuando muito mais conforme suas vontades pessoais, pois agir assim é negar a doutrina iheringiana.

Esse entendimento pode ser extraído, de maneira clara, do ensinamento de Viola (1974, p. 50):

Jhering individua — come abbiamo visto — il soggetto giuridico dello scopo nella società e nello stato, dà così un volto al legislatore. Ma non supera la fiducia della sua epoca nella legge, anzi riafferma decisamente il monopolio dello stato nella produzione del diritto. Ciò significa escludere che l'interprete possa attingere i criteri di valutazione della legge al di fuori di essa, in fonti extra-legislative come la « natura delle cose », i principi etico-giuridici o il diritto naturale. Il metodo teleologico si accorda quindi perfettamente con il positivismo sociologico e giuridico.⁶⁹

Com o advento da hermenêutica filosófica, apesar de todo o estudo e desenvolvimento jurídicos encabeçados por Ihering, não mais se concebe a ideia de ater-se a uma linha decisória teleológica, porquanto é de cunho relativista e demasiadamente mutável e alinhada com um positivismo sociológico e jurídico.

Dessa maneira, depreende-se que a segurança jurídica é posta de lado por uma subjetiva ideia de Justiça, transitória, vaga e inalcançável por parâmetros objetivos, guiando a decisão por um caminho de sentimento íntimo e próprio de cada intérprete do que seria ou não justo.

Ao analisar tais informações, afirma-se, com Streck (2017a, p. 232), que:

Não importa o quanto se ache genial um julgador, a eventual genialidade relacionada a um grau de originalidade é perniciosa ao direito e à sociedade. O bom julgador é o que (na essência) não cria, especialmente se o espaço alegado de eventual criação não ultrapassar os limites do que lhe permite o direito na contemporaneidade. O que menos importa são a sua capacidade de trazer algo inovador e sua apreciação sobre a capacidade como

precisão, iluminando todo o conteúdo da vontade do legislador e até deduzindo das disposições existentes o princípio que é como base, desenhando todas as conseqüências.

⁶⁹ Já esse autor aduz que Jhering identifica o sujeito jurídico do propósito na sociedade e no estado, assim dá uma cara ao legislador. Mas não excede a confiança de sua idade na lei, na verdade, reafirma fortemente o monopólio do Estado na produção do direito. Isso significa excluir que o intérprete possa traçar os critérios para avaliar a lei fora dela, em fontes extra-legislativas, como a "natureza das coisas", os princípios ético-legais ou a lei natural. O método teleológico, portanto, se encaixa perfeitamente com o positivismo sociológico e jurídico.

intérprete do mundo. Se pretende ser reconhecido pelo contributo inovador, que escreva, crie como sujeito criador. Como juiz não lhe cabe este direito.

Necessário, pois, observar uma especificidade que “reside da relevante circunstância de que a interpretação de um texto – que sempre exsurgerà com a norma – depende de uma conformidade com um texto de validade superior”. (STRECK, 2014a, p. 229). Ao analisar e interpretar a norma, quando se procura por uma resposta adequada do ponto de vista constitucional, se faz mister considerar e, ainda mais, perseguir os princípios constitucionais. Isso faz com que o Direito seja autônomo e livre de posicionamentos solipsistas.

O julgador não pode ser um livre-criador, o máximo que pode fazer é, diante de casos complexos, construir decisões judiciais extraordinárias, mas sempre mantendo a coerência e respeitando a integridade, evitando decisões originalíssimas e excessivamente criativas, consideradas inadequadas. (STRECK, 2017d).

A interpretação teleológica emerge, então, em um contexto de crítica às chamadas até então posições hermenêuticas tradicionais, que concebiam a interpretação como método, voltado a descobrir o sentido de um texto ou de uma norma jurídica, partindo do pressuposto de que um enunciado normativo possui apenas uma única interpretação correta.

É oportuno destacar que, como método, este tipo de interpretação impossibilita uma padronização de procedimento para se chegar ao produto final de uma interpretação que visa a produção de uma decisão jurídica, pois a intenção do texto é algo que o intérprete diz que é. Ele afirma que é por assim entender a partir de suas percepções pessoais, pois, usualmente, não há registros destas.

Levando-se em consideração que a ideia de Teleologia partiria de uma concepção aristotélica de que todas as coisas se inclinam, tendem, para algum tipo de bem (no sentido de ser bom), que seria próprio dessas coisas e que isso faria a base para uma ética que estabeleceria o que seria o bem viver, temos que a Teleologia seria inerente ao agir para o bem, porém não há parâmetros para a definição da visão daquilo que é bom, a não ser a do próprio intérprete, como explica Luz (2014, p. 78 e 79):

[...] tendo como foco principal a teorização acerca da possibilidade de existência de um bem supremo para os homens, um fim último que justifique de que maneira opera o discernimento ou deliberação no

modo de agir do homem – de que forma ele delibera ser boa ou má uma determinada ação, e a razão dele praticá-la em prol de um *sumo bem*.

A certeza de um agir para o bem, que é inerente ao destino ao qual tem as coisas, faz parte dessa ideia de Teleologia, que se alinha a uma ética clássica, consequentemente teleológica, que determina meios e a finalidade da vida humana, o próprio significado do termo teleologia (BAILY, 1950, p. 851):

Do grego antigo, o sufixo *telos* significa realização, conquista notável, prioridades realizáveis, resultado, consequência, produto, chegada, fim, término, ser provido do fim de alguma coisa, colocar fim em alguma coisa, execução, ultimato, formação completa, pleno desenvolvimento, plena velhice, a mais alta plenitude, aquilo que vem por último.

Quando tomamos a questão da alta plenitude, logo é possível que nos vejamos remetidos à reflexão do que seria primordial na vida do homem; ou se não primordial, mais uma meta a ser atingida, que, nessa visão aristotélica, seria a felicidade, uma forma de concentração do bem a ser atingido pelos homens. Na concepção de Aristóteles (1984, p. 1095), “verbalmente, quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo quanto os homens de cultura superior dizem ser esse fim felicidade e identificam o bem viver e o bem agir com o ser feliz”.

Ocorre que não há como se pensar nisso sem se ter em mente a ideia de virtudes, homens virtuosos, capazes de obterem as melhores respostas e interpretações a partir de suas próprias experiências pessoais, que certamente determinarão suas ideias de felicidade, correção e estabelecimento das finalidades mais alinhadas com suas ideias particulares do que seria o *sumo bem*.

Nesse contexto, não haveria como se tratar da finalidade das coisas se o próprio homem, por vezes, pode duvidar da sua finalidade, estabelecendo que essa sempre será em prol do bem, de uma coisa boa, e que isso pode ser denominado de felicidade,⁷⁰ uma questão importante estaria sendo pelo menos minimizada,

⁷⁰ Para Aristóteles, “a felicidade é uma atividade da alma conforme à virtude perfeita” (1984, p. 1102), o que leva a uma tendência de equilíbrio, pois para ele o excesso ou a ausência de virtudes podem se tornar um problema, tanto as virtudes morais quanto as intelectuais. Para Ana Rosa Luz (2014, p. 86), deve-se, na visão ética teleológica de Aristóteles, se entender por virtudes intelectuais o seguinte: “Em um primeiro momento, devemos considerar que, de acordo com a ética teleológica aristotélica, são dois os fins possíveis para os homens: (1) as atividades, ou seja, as ações humanas consideradas em si mesmas; e (2) coisas distintas que não são configuradas como atividades, podendo ser a produção de algo ou a formação de uma teoria universalizada e

convencionando que se trata de algo que tem relação íntima com o cultivo de virtudes humanas; e isso, queiram ou não, tem muito a ver com a ideia de virtudes morais.

Assim, a origem da Teleologia, que embasa a interpretação teleológica, tem a ver com o fato de o homem sempre buscar o bem, sob pena de não alcançar a felicidade. Ocorre que nem todos os intérpretes são imbuídos desta ideia aristotélica, ainda mais quando se trata de situações que dizem respeito ao exercício de poderes, direitos que têm a condição de interferir diretamente no jogo democrático.

Aparentemente, quem faz uso do método interpretativo não guarda preocupação com o seu fundamento primeiro, que é a conexão com uma ética não convencional nem utilizada como vetor racional de quem interpreta um texto jurídico, pois esta abre um leque de opções para que o caráter subjetivo interior do intérprete diga aquilo que sua construção interna entende como bom, colocando isso como a finalidade do texto.

No contexto em que Ihering desenvolveu essa técnica, entendia-se o Direito como um sistema fechado, dessa amarra o autor tentou sair. Cabia ao intérprete desempenhar uma função mecânica, livre de vinculação. Abria-se espaço, então, para a adoção do critério interpretativo teleológico, de matriz sociológica, que tinha como objetivo ir além das técnicas silogísticas e da subsunção. Essas, afinal, na visão do autor, não conseguiam dar conta, de maneira satisfatória, das necessidades sociais no momento da aplicação da lei.

Certamente, o que se buscava era fazer Justiça, negando validade a leis consideradas injustas e recorrendo a critérios extralegais. Desse modo, buscava-se a realização de determinada finalidade (Teleologia) e, conseqüentemente, a substituição da ideia deontológica, segundo a qual o objetivo da lei é impor um dever. Isso não significava, entretanto, um retorno ao jusnaturalismo clássico nem ao jusracionalismo dos séculos XVII e XVIII, uma vez que, ao recorrer a critérios

necessária. A partir destes fins possíveis, Aristóteles nos apresenta as virtudes intelectuais que, baseadas nessa divisão de fins, são fracionadas em três espécies distintas: o conhecimento científico (episteme), o intelecto produtivo ou arte (techne) e a sabedoria prática (phronesis). As virtudes intelectuais, assim como as virtudes morais necessitam de tempo para que se fortaleçam – apesar de não serem caracterizadas pelo hábito (ethos) –, além de experiência e aprendizagem, base para toda apreensão cognitiva”. Nesse sentido, devemos entender que a ideia de Teleologia tem relação íntima com os ensinamentos Aristotélicos e que sua produção tem a ver com a construção interna de cada ser, da busca que o ser humano deve ter para se aperfeiçoar em busca das virtudes, para agir virtuosamente em função do bem.

extralegais, não há um endosso de pressupostos metafísicos, mas sim pragmaticistas (quase empírica).

Era importante, naquele contexto, tentar ampliar os conhecimentos para além do mero estudo das leis, até mesmo porque não havia uma cultura constitucional, buscando compreender a realidade social em que se inseria o Direito.

Nesse sentido, Costa e Lima (2008, p. 263) afirmam que os juristas passaram a se preocupar com a identificação dos interesses sociais de maneira científica e com o surgimento de conceitos essenciais para a compreensão dessa realidade:

[...] em vez de tentar descobrir os princípios de justiça universais inerentes à razão ou à natureza humana, os juristas voltaram-se à identificação dos interesses existentes na sociedade contemporânea, mediante uma análise científica dessa sociedade. [...] paz social, harmonia social, interesse público, felicidade geral, valores socialmente aceitos e vários outros que buscam servir como ponte entre a previsão abstrata da norma e uma decisão concreta materialmente adequada.

Grosso modo, é possível pontuar-se que conceitos atuais, muito utilizados no Poder Judiciário, são gestados nesse momento, como a ideia de interesse público, enquanto argumento de autoridade para justificar decisões judiciais de maneira semelhante a esse contexto do século XIX, como se vê comumente na jurisprudência da Justiça Eleitoral.⁷¹ Nesse espectro, tudo pode ser abarcado, hipóteses de atuação não contidas na norma jurídica podem ser construídas pelo

⁷¹ Recurso Eleitoral - Inelegibilidade - Capacidade Postulatória. Titular de Serventia Extrajudicial. Desincompatibilização. 1. O juiz eleitoral tem Legitimidade para decidir acerca de Inelegibilidade de Candidato, com ou sem Impugnação, conforme dispõe o Art. 44 da Resolução 21.608 De 05.02.04. 2. A Constituição Federal Estabelece a Justiça Eleitoral como Instrumento a garantir a aplicação de seus preceitos, dentre os quais está a garantia do interesse público, através da preservação da Lisura do Pleito Eleitoral. Inteligência do Artigo 23 da Lei Complementar 64/90. 3. Preliminar Rejeitada. 4. Comprovado o Efetivo Afastamento do Titular de Serventia Extrajudicial, no Prazo de três meses anteriores as eleições, estabelecido pelo Art. 1º, Inciso II, L, da Lei Complementar 64/90, considera-se cumprido o Objetivo da Norma, garantindo a isonomia dos candidatos no pleito. 5. Recurso conhecido e provido (Tre-Go - Re: 1953 Go, Relator: Amelia Netto Martins de Araujo, Data de Julgamento: 02/08/2004, data de Publicação: Sessão - Publicado em Sessão, data 02/08/2004). Recurso eleitoral. Registro de candidatura. Substituição de candidato. Intempestividade. Inelegibilidade. Provido. I - O prazo para substituição de candidato começa a fluir a partir da decisão judicial ou do fato que lhe deu causa. II - Se, às vésperas das eleições, após decorrido o prazo para a campanha e propaganda eleitoral, a candidata renuncia de sua candidatura, há sério risco de manipulação do eleitor na manifestação do seu voto. III - Constitui, tal prática, em atentado contra a dignidade da Justiça Eleitoral, ofendendo, pois, o ideal de preservação do interesse público de lisura eleitoral, conforme preceituado pelo art. 23 da Lei Complementar nº 64/90. IV - O candidato que foi exonerado de cargo estatutário em 1º de julho de 2004, mas permaneceu membro da Comissão de licitações até 05 de julho de 2004 é inelegível. V - Recurso provido (TRE-GO - RE: 2984 GO, Relator: CARMECY ROSA MARIA ALVES DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 01/08/2005, Data de Publicação: SESSAO - Publicado em Sessão, Data 01/08/2005).

intérprete, e o Direito passa a ser mera massa de moldar na mão de um artesão, que faz desse instrumento um reflexo de seus gostos pessoais e construções internas.

Entretanto, as correntes de matriz sociológica não são homogêneas entre si. Com essa mesma matriz encontra-se a produção de Bentham, importante filósofo utilitarista que tem como objetivo fazer uma crítica à ética deontológica kantiana, propondo uma de cunho teleológico. Quanto a este ponto, Dias (2015, p. 153) explica:

No que diz respeito ao utilitarismo de Bentham, muitos elementos de sua teoria são diferentes da Teoria Kantiana. De acordo com esse autor, o princípio de utilidade, fundador das noções de moralidade e justiça, em seu sistema, deve ser conforme uma noção de natureza humana verificada empiricamente. Tal natureza pressupõe que os homens estão sob o domínio de dois senhores soberanos, a saber: o prazer e a dor, os quais ditam tudo o que o homem deve fazer como o que fará, na realidade.

Por sua vez, as intenções finalísticas da Teleologia de Ihering podem ser percebidas claramente em seu livro *A luta pelo Direito*⁷² (2009). Como, por exemplo, a passagem que dizia que “direito não é uma ideia lógica, porém ideia de força; é a razão porque a justiça, que sustenta em uma das mãos a balança em que pesa o direito, empunha na outra a espada que serve para fazê-lo valer” (IHERING, 2009, p. 23), ou a que observa que “o direito deve estudar e investigar, sem interrupção alguma, o verdadeiro caminho, e encontrando-o, abater todos os obstáculos que se lhe opõem e o impedem de avançar”. (IHERING, 2009, p. 25).

Nota-se que o seu entendimento de Direito tem muito mais a ver com a força, do próprio Direito em si, do que uma construção social; de modo que os que construíam as decisões judiciais são os atores que manuseiam o Poder Judiciário, de maneira que se trata de um movimento de cúpula, tentando resolver um problema, que seria o das leis não se preocuparem, ou resolverem as situações sociais que chegam ao Judiciário. Frise-se que, dentro do entendimento teleológico de Ihering, o importante não é como se consegue o fim, a solução do problema social, mas sim se houve a consecução da finalidade, sem muito destaque aos meios.

⁷² *A luta pelo Direito* é resultado de uma palestra, proferida em 1872, na Sociedade Jurídica de Viena.

Nesse sentido, Ihering, em 1877, já buscava afirmar o que é o fim que determina a criação do Direito. Embora este autor tenha contribuído na afirmação da chamada *Jurisprudência dos Conceitos*, foi ele também quem contribuiu para substituir a visão dessa corrente de pensamento pela matriz sociológica, cujo objetivo era atingir a finalidade do Direito.

Desse modo, na visão de Ihering, para uma correta compreensão do Direito, o jurista não deveria ficar limitado às regras da lógica, mas às necessidades sociais subjacentes, de maneira que entre as leis e a sociedade, para ele, o Direito poderia ser sacrificado (IHERING, 1877, p. 279):

Nei confronti poi delle leggi in vigore il potere statale non è mai completamente impotente. Vi sono dei casi in cui è costretto a disattenderle per motivi di particolare gravità. Non bisogna mai dimenticare che il diritto è un mezzo e non un fine, che esso esiste per la società. Quando si tratta di salvare la società, non bisogna esitare a sacrificare il diritto.⁷³

Fica claro que, para esse autor, deve prevalecer a vontade da sociedade, seus interesses e anseios e não o Direito. Também neste ponto, sofre críticas de François Géný, que prosseguirá com o filão pragmático tomado por Ihering, mas com outro viés.

Para Géný, segundo Costa e Lima (2008, p. 273), o entendimento é que: “[...] permanecem no senso comum dos juristas tanto o fetichismo da lei escrita quanto a tendência a limitar as decisões judiciais a argumentos formais e abstratos voltados a uma aplicação silogística da legislação”. Nesse sentido, Géný não foge tanto da Teoria Hermenêutica tradicional, já que compartilha alguns de seus pressupostos, como a da vontade do legislador e a ideia de que não se deve interpretar quando o texto é claro (*in claris cessat interpretatio*).

A atividade criadora, para Géný, é chamada de livre investigação científica, que defendia a necessidade de se ir além da lei, embora não a rechace como fonte primária do Direito, mas já fixa a existência de lacunas e coloca a possibilidade de preencher tais espaços com a ideia de valor. O princípio que, para ele, confere vida

⁷³ Neste texto Ihering deixa claro que em determinadas situações o Direito tem que ser ladeado, pois afirma que com relação às leis em vigor, o poder do Estado nunca é completamente impotente. Há casos em que ele é forçado a desconsiderá-los por razões de gravidade particular. Nunca devemos esquecer que a lei é um meio e não um fim, que existe para a sociedade. Quando se trata de salvar a sociedade, não devemos hesitar em sacrificar o direito.

a ordem jurídica⁷⁴ (GENY, 2000), e deve ser entendida não como uma carta branca para subjetivismos valorativos do juiz, mas sim para que, em alguns casos, o juiz não se submeta à autoridade pressuposta em uma fonte formal: deve, portanto, aplicar a lei para além dessas fontes (sem, contudo, recusar o uso do método).

Sobre esse ponto vale colocar o ensinamento de Costa e Lima (2008, p. 276):

Tal recusa do subjetivismo está presente, inclusive, no tratamento que Gény propõe para as lacunas no direito. Sustenta ele que a lei deve ser observada, porém argumenta que há situações em que todas as fontes formais do direito positivo são insuficientes para oferecer uma solução adequada, devido à ocorrência de lacunas ou obscuridades incontornáveis. Em casos desse tipo, toda tentativa de interpretação será inútil, pois não há uma solução a ser extraída das normas jurídicas. Nessa hipótese, e apenas nelas, o intérprete poderá exercer uma atividade criativa e não meramente aplicativa. Porém, mesmo nesses casos, é preciso que o jurista escape, tanto quanto possível, de toda influência subjetiva e que baseie sua decisão em elementos de natureza objetiva.

[...] Assim, o que Gény defende não é a livre criação do direito pelo juiz, pois a livre investigação científica que ele que propõe de forma alguma pode ser vista como uma manifestação subjetiva dos valores do juiz. Para Gény, que tem uma postura marcadamente cientificista, é possível identificar o direito para além das leis escritas, mas sempre dentro dos quadros de uma teoria das fontes construída pela ciência do direito.

Kaufmann (2002) também se insurge contra a insuficiência da Teoria da Interpretação de Savigny, que, como visto, privilegiava a criação do Direito pela produção judicial, e coloca que podem ser aportados muitos outros argumentos com

⁷⁴ “Gèny aboga por un método jurídico muy distinto al tradicional; este método es el de la libre investigación científica, buscando el criterio de interpretación de las normas a través de la naturaleza de las cosas, elemento ajeno hasta ese momento al ordenamiento jurídico. La libre investigación científica es una investigación dirigida a determinar el principio que anima al orden jurídico en su consideración global, reconociendo las limitaciones que la ley tiene y la necesidad de ir más allá de la mera letra del texto jurídico. Por lo tanto, se esta realizando una apelación a la idea de valor. Dicho movimiento no rechaza la ley como primera fuente pero si la considera muchas veces insuficiente puesto que es necesario adaptar la norma jurídica a los vaivenes de la realidad social, desechando el valor de la certeza de la ley la búsqueda de la flexibilidad de la misma. Sin embargo, en ciertos casos y materias la certeza jurídica que proporciona la ley, constituye un bien en si mismo”. (VILAMOR MORGAN-EVANS, 2001). Desta forma para este autor Gény defende um método legal muito diferente do tradicional que seria o da livre pesquisa científica, buscando o critério de interpretação das regras através da natureza das coisas, elemento alheio à ordem jurídica até aquele ponto. A referida investigação científica livre é uma investigação para determinar o princípio animador da ordem jurídica em sua análise global, reconhecendo as limitações que a lei tem e a necessidade de ir além da mera letra do texto legal. Portanto, um apelo à idéia de valor está sendo feito. Tal movimento não rejeita a lei como fonte primária, mas se muitas vezes considerado insuficiente, uma vez que é necessário adaptar a norma legal para os caprichos da realidade social, descartando o valor da efetividade da lei buscando a flexibilidade dos mesmos. Contudo, em certos casos e matérias, a segurança jurídica prevista pela lei constitui um bem em si mesmo.

os quais se podem fundamentar decisões jurídicas, v.g., garantia da segurança jurídica ou da justiça, valorização das consequências, sensibilidade jurídica, praticabilidade, homogeneidade do direito etc.

O mesmo autor (KAUFMANN, 1999) entende que, pelo respeito às leis em vigor, a ordem jurídica não poderia ser resguardada apenas por critérios de justiça na aplicação do Direito, contudo, principalmente, na garantia de aplicação das leis, ainda que imperfeitas, sem criacionismos, em uma postura contra a discricionariedade judicial:

La seguridad jurídica pretende la paz jurídica. Pero se la seguridad jurídica no significa, necesariamente, la aplicación cierta del derecho justo, sino la ejecución segura del frecuentemente defectuoso derecho positivo. De esto pueden resultar conflictos de intereses, especialmente entre la justicia material (justicia del bien común) y la seguridad jurídica. Qué sucede en caso de conflicto cuando las dos no se puedan realizar a un mismo tiempo? [...] Lo injusto puede preceder al derecho, en razón de la paz jurídica? El positivismo jurídico responde afirmativamente; desea otorgale a la seguridad jurídica la más alta posición, aun cuando signifique una injusticia legal.⁷⁵

Outra corrente que se insurgia contra a posição de Savigny foi o Movimento do Direito Livre, de Kantorowicz, que era mais radical, pois afirmava sua existência anteriormente à daquele ditado pelo Estado, e tinha uma visão em que a sociedade, os tribunais e os juristas eram criadores do Direito. Apesar de haver maior ceticismo em relação à hermenêutica tradicional, a Escola do Direito Livre não negava, entretanto, que houvesse a possibilidade de uma decisão correta, embora a metodologia para tal não fosse tão clara. Sobre esse ponto, Costa e Lima (2008, p. 280-281) aduzem que:

Esses novos critérios, porém, não possibilitam a construção de um método dogmático que orientasse a busca da solução correta, pois a adequação valorativa não seria fruto da aplicação de uma metodologia, mas de uma capacidade do juiz de identificar a solução correta. Portanto, essa teoria somente pode gerar bons resultados na

⁷⁵ Neste texto fica claro que para o autor a Segurança jurídica busca a paz legal. Mas a certeza jurídica não significa necessariamente a verdadeira aplicação da lei justa, mas a execução segura da lei positiva frequentemente defeituosa. Conflitos de interesse podem resultar disso, especialmente entre justiça material (justiça do bem comum) e segurança jurídica. Questiona o que acontece em caso de conflito quando os dois não podem ser realizados ao mesmo tempo? [...] O injusto pode preceder a lei, por causa da paz legal? O positivismo jurídico responde afirmativamente; você quer garantir a segurança legal a posição mais alta, mesmo que isso signifique uma injustiça legal.

medida em que o juiz seja capaz de perceber, de forma intuitiva e direta, qual seria a solução correta do caso, o que conduziria a um grande nível de subjetivismo nas decisões judiciais. Nessa medida, como bem aponta Warat, a mesma mitificação que a Escola da Exegese fazia do legislador (colocando os seus atos acima da possibilidade de questionamento por crer que eles representavam a vontade geral) era feita pela escola do direito livre, mas em relação ao juiz, pois confia a ele a missão de eliminar os ingredientes ultrapassados da lei, como se ele fosse um ser capaz de perceber a realidade de maneira correta (pois, caso contrário, como poderia ele corrigir as leis?).

Visto esse breve apontamento da evolução do pensamento sobre a interpretação jurídica, demonstra-se que a História aponta ter se passado de uma hermenêutica eminentemente teleológica para um estudo jurídico da interpretação. Superou-se o Jusnaturalismo e, atualmente, já se fala em Pós-Positivismo, avançando, século a século, para desaguar em uma tensão constitucional: em uma Constituição que limita os poderes do Estado e exige-lhe a atuação na satisfação dos direitos sociais trazidos pelo próprio texto constitucional.

Trata-se de uma conquista histórica importante, sem dúvida, pois significou a entrega dos rumos do Estado ao povo⁷⁶ de maneira direta. Para tanto, foi preciso, dentre outros grandes esforços, limitar o poder dos governantes e resumi-los a meros representantes sociais. Contudo, mesmo diante da realidade imposta pela Constituição brasileira de 1988, ou seja, dessa evolução político-jurídica, a superação de outrora encontra entraves, hoje, no Poder Judiciário.

A atuação jurisdicional aparece, na prática cotidiana dos tribunais, buscando livrar-se de estruturas regulamentadoras. A figura do juiz, e não a da Constituição, parece ser a grande protagonista do Estado Democrático de Direito. É ele, na prática hodierna, quem dá os limites da Constituição, e não o contrário.

Entretanto, o magistrado deve agir, atento aos limites impostos pelo texto da Carta Política, no sentido de conferir um padrão interpretativo coerente, íntegro e estável, com a utilização de ferramentas que possibilitem seguir em direção a uma conformidade constitucional adequada na aplicação das normas que garantam um processo decisório, isso deve assim ser também na Justiça Eleitoral, democrático e devidamente adequado aos parâmetros constitucionais existentes no Brasil.

⁷⁶ Constituição Federal. Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A partir de decisionismos projetados pelo livre convencimento dos responsáveis pelas decisões judiciais, há que se pensar em todos os danos causados à segurança jurídica, à integridade, à coerência e à estabilidade, da Jurisprudência e do Direito em si. Afinal, se um magistrado tem o poder de trazer para os autos do processo provas que ele próprio conseguiu, como é o caso que possibilita a abertura legislativa da seara eleitoral (Art. 23 da LC 64 de 1990), não há como erguer o sistema devidamente acusatório preconizado pela Carta Magna Brasileira de 1988.

Necessário, então, se reconhecer que a interpretação teleológica, precipuamente finalística, agora com o devido entendimento do que é, de onde veio e a quais escolas está conectada, ainda é um recurso hermenêutico tradicional, relevante, dentro dos tribunais brasileiros; e não é diferente naqueles do campo da Justiça Eleitoral, pelo contrário, trata-se de recurso muito utilizado.

Esse método, no entender deste trabalho, é uma ferramenta interpretativa que não responde adequadamente ao sistema constitucional, demonstra a necessidade de se ter, de avançar para um mecanismo hermenêutico capaz de dar conformidade ao sistema jurídico que temos aos casos em que o intérprete recorre, com frequência, atualmente, a esse método interpretativo, sendo o objetivo proposto por esse trabalho construir essa ferramenta.

De acordo com o que deve nortear a decisão nos tribunais eleitorais brasileiros, a partir do Art. 926 do CPC de 2015, a instabilidade das decisões na seara precitada se torna um problema, sob o ponto de vista da atual legislação processual civil e constitucional. É necessária a verificação do efeito que decisões, com bases teleológica e realista, desse tipo, podem provocar no sistema jurídico eleitoral. Há que se analisar o porquê de, em um ambiente normativo em constante evolução, ainda haver espaço para regras (e condutas) que explicitamente vão contra tudo o que está disposto no ordenamento e em sua base.

Faz-se importante, além disso, impedir interferências do Judiciário por meio de decisões judiciais em desacordo com a Constituição Federal e com a legislação, possibilitando, assim, que a Justiça Eleitoral caminhe rumo à estabilidade de sua jurisprudência. Afinal, essas ocorrências representam uma ingerência na consolidação do Direito em si, sob o véu da interpretação teleológica, em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Por essas razões, passar-se-á, a seguir, a análise dos novos , incrustados no texto constitucional, filosóficos, principalmente os da da decisão judicial, fixados no Código de Processo Civil de 2015, e daí se estabelecer a base para a construção de uma ferramenta interpretativa que supere os problemas encontrados na prática hodierna do Processo Judicial Eleitoral, levando o intérprete a um caminho que privilegia a adequação constitucional do produto final do processo interpretativo, com destaque para as decusões judiciais.

3 O NOVO PARADIGMA DA DECISÃO JUDICIAL E A SUA ABSORÇÃO PELA LEGISLAÇÃO

A decisão judicial no Brasil, nos dias atuais, como já visto, ganhou novos contornos paradigmáticos a partir do Código de Processo Civil de 2015 e tudo o que ocorre em um Processo Judicial Eleitoral não pode ficar fora dessas mudanças. Embora se possa dizer que esta legislação procedeu um aprofundamento de paradigmas já existentes na Constituição Federal de 1988, fortificando o argumento constitucional na ciência processual civil. A conformação desta norma representa, entretanto, avanços muito maiores, e, para a seara eleitoral, uma vez aplicados os novos paradigmas legais, poderia significar um salto, pois seria a incorporação de elementos da Teoria do Direito, fundamentados no que a Filosofia jurídica produziu de mais adequado do ponto de vista constitucional e dos avanços desse ramo do saber (Filosofia do e no Direito), que foram positivados com a intenção de tornar o direito processual (civil e, no nosso entendimento, judicial eleitoral) mais alinhado com as premissas constitucionais que embasam nosso sistema jurídico.

De maneira sucinta, é possível dizer, conceitualmente, que o prisma do Processo Civil, da ciência do Direito processual civil no Brasil, em si passa a ser outro; nessa esteira, então, deve seguir o Processo Judicial Eleitoral, mormente o da seara cível eleitoral, que tem como sanções mais destacadas a perda de mandatos eletivos ou os registros de candidaturas. Quando o assunto é decisão judicial tem-se praticamente uma nova ordem que absorve avanços filosóficos, da Teoria do Direito, e tenta conferir aos julgadores limites mais adequados ao ambiente constitucional vigente no Brasil.

Expressões como *livre convencimento do juiz* deixaram de permear a legislação processual civil. A exigência de fundamentação de decisões judiciais e a forma como isso ocorre, respeitando os critérios que possam ser aplicados a todos, de maneira igualitária, passam a vigor e imprimem novas exigências ao ato de decidir.

O comportamento coerente dos tribunais, da jurisprudência, respeitando a estabilidade e a integridade do Direito a partir dessa legislação, passa a ser uma exigência positivada, não mais somente filosófica. A observância dessas premissas passa a condição de um dever-ser dos responsáveis pela decisão judicial.

A maneira de se interpretar e aplicar o ordenamento jurídico nessas condições ganha limitações que visam uma adequação ao Estado Democrático de Direito. Nessa realidade, é imperioso estabelecer sob quais bases científicas essas transformações legislativas se deram, para que o intérprete possa compreender o ambiente novo em que se encontra.

Assim, o momento atual propõe uma reflexão: – O ramo do Direito e da Justiça (Eleitoral) que tem por missão garantir o exercício dos direitos políticos deve adentrar por essa realidade, modificando a maneira que vem conduzindo a sua prática judicial e adequando-se às novas premissas do processo civil? A forma de se fazer isso, levando em consideração as amarras que a legislação eleitoral ainda dispõe para atrapalhar essa caminhada é uma preocupação deste trabalho.

Avança-se, assim, nessa quadra histórica em que a legislação processual civil trouxe vários institutos novos com o fim de ser mais adequada a realidade constitucional brasileira, para um processo que privilegie a não-surpresa, a impossibilidade de haver restrição de direitos sem a devida fundamentação e a estabilidade dos entendimentos dos tribunais, só para citar alguns exemplos.

Trata-se, enfim, da necessária aceitação dos avanços científicos do Direito, como uma *revolução científica* que pode ser encarada como paradigmática, nos clássicos termos propostos por Kuhn (2011, p. 203-204):

[...] há uma revolução científica quando o paradigma adotado não resolve mais as questões objeto de debates, nascendo posições divergentes, ou, campos rivais que buscam o predomínio. Quando isso ocorre, há o período de crise científica no qual busca-se descobrir uma nova abordagem para as questões problemas e, na sequência, a revolução termina com a vitória total de um dos dois campos rivais.

Por mais que seja imperioso o reconhecimento de que a cientificidade do processo judicial eleitoral é algo a se construir de maneira mais sólida defendemos que é possível que se busque isso através da aceitação e de uma aproximação maior entre a ciência processual civil, suas modificações e o reconhecimento de suas bases mais constitucionais a partir de 2015, pois devemos enxergar o processo judicial como uma forma de exercício de poder, sendo o modelo processual em si algo fora dos domínios da atividade jurisdicional. (DIDIER, 2012).

Claramente, buscou-se no Código de 2015 uma mudança de nível, pois, no caso do Processo Civil, o *paradigma da subjetividade* e do *livre convencimento*,

presentes no Diploma de 1973, não mais eram adequados à Constituição Federal de 1988, esse contexto possibilitava uma insegurança jurídica no que tange à lida com o processo, de uma maneira geral, muito alta, fazendo-se necessários outros paradigmas, com destaque para a condição relevante que foi alcançada a necessidade de fundamentação das decisões judiciais; assim deve ser entendido também em relação ao Processo Judicial Eleitoral.

Houve uma clara preponderância de normas que viabilizam a democratização do processo que gera uma decisão judicial, e, por consequência, tornar o produto final de um processo (a decisão judicial) algo mais democrático, retraindo as possibilidades de posturas protagonistas por partes dos Juízes.

A legislação processual civil de 2015 tornou-se uma referência que demonstrou a necessidade de um novo pensamento para conferir maior segurança aos jurisdicionados. Os novos dispositivos, suas incongruências textuais e paradigmáticas com a legislação eleitoral, além da necessidade de se superar esses paradigmas antigos que vêm sendo difundidos como algo comum na seara eleitoral, ainda vigente serão expostos a seguir.

3.1 Perspectivas Teórico-Processuais: breve abordagem sobre o problema da verdade no direito processual e sua incidência no processo judicial eleitoral (ultrapassando a ideia da verdade real como um princípio norteador do processo judicial eleitoral)

O estabelecimento da verdade é um dos objetivos do processo, as formas de se chegar até a ela, contudo, podem se constituir um problema capaz de macular o próprio processo em si e a validade do seu desfecho, bem como comprometer a realização da Justiça, vez que o Direito processual é o regulador da função jurisdicional do Estado.⁷⁷

⁷⁷ “El objeto principal del derecho procesal es regular la función jurisdiccional del Estado: a) en la solución de conflictos entre particulares y de éstos con el Estado y sus entidades y funcionarios; b) en la declaración de certeza de ciertos derechos subjetivos o de situaciones jurídicas concretas cuando la ley lo exige como formalidad para su ejercicio o su reconocimiento; c) en la investigación y sanción de hechos ilícitos; d) en la prevención de esos hechos ilícitos; e) en la tutela del orden jurídico constitucional frente a las leyes comunes y del orden legal frente a los actos de la administración; y, f) en la tutela de la libertad individual, de la dignidad de las personas y de sus derechos que la constitución y las leyes les otorgan”. (ECHANDÍA, 2004, p. 43).

A partir do Código de Processo Civil de 2015, entraram em vigor alguns dispositivos que, em outras palavras, mudaram a maneira pela qual a gestão da prova dentro do processo civil deve ser encarada, em outros termos, se considerarmos haver uma Teoria das Provas a partir deste novo Diploma legal, as premissas a serem tomadas são outras, elas se estabelecerão de uma maneira mais constitucional, melhor alinhadas ao devido processo legal e as normas que se derivam a partir desta pilastra firmada na Constituição Federal.

No caso do Processo Judicial Eleitoral, na seara cível, contenciosa,⁷⁸ que, como veremos neste trabalho mais adiante, é regido por uma legislação especial, mas se desenvolve com as bases gerais do processo civil, além de adotá-lo como norma de aplicação subsidiária, em que o uso de anteparos para se conduzir o processo de maneira “livre” é uma realidade; a busca pela verdade real é uma delas, no entanto há uma carência de atenção da doutrina quanto a tal artifício. O que se encontra de crítica dessa prática é muito menos do que os que se rendem a esta, mesmo com toda a insuficiência constitucional e filosófica que a cerca. Nessa omissão este trabalho não incutirá.

Mesmo com a clara conexão desse tipo de processo com as premissas processuais civis, os Tribunais Eleitorais têm inúmeras decisões que alçam a verdade real como um princípio do Processo Judicial Eleitoral (mais adiante algumas delas serão apontadas), o que faz deste tipo de processo algo híbrido. Ainda que praticamente desprovido de base filosófica e científica, a utilização da busca pela verdade real foi sendo aceito pela doutrina, após sua jurisprudência valer-se dela para aceitar os mais variados abusos na condução deste tipo de processo, desenvolvido nas bases do processo civil, mas que se utiliza desse tipo de artifício, altamente questionável, muito utilizado no processo penal, o que gera uma verdadeira crise de identidade.

A verdade real no processo penal já era uma inovação que se perfazia como álibi retórico que serve ao estabelecimento de um resultado que importaria no

⁷⁸ “Por su parte, el contencioso electoral jurisdiccional persigue los siguientes propósitos fundamentales: 1) solucionar o dirimir conflictos mediante la aplicación de normas generales electorales a casos concretos; 2) dar definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales, por razones de seguridad y certeza; y, 3) garantizar que los actos y resoluciones se sujeten a los principios de legalidad y constitucionalidad. En general, conforme lo señalamos en líneas anteriores, la definición y el objeto del proceso jurisdiccional electoral se sirve de las mismas herramientas aplicables a la teoría general del proceso, lógicamente, con los matices propios de cada rama de derecho”. (CUEVA, 2010, p. 103).

estabelecimento de elementos da convicção pessoal do julgador, sendo responsável por atropelar, às vezes, até Direitos Fundamentais das partes, interferido sobremaneira na gestão da prova; ou seja, mesmo no processo penal, a sua utilização é questionável, como bem ensina Streck (2011, p. 221):

A verdade real, num modelo inquisidor do 'juiz presidente da instrução', acaba por ser usado como um álibi teórico que serve para justificar tanto a busca de elementos de 'convicção' pelo juiz (a questão do gerenciamento da prova), quanto de argumento performático para motivar uma decisão que padece de coerência e integridade, vale dizer, de uma decisão que possui pouco – ou nenhum – fundamento jurídico.

Pode-se, então, verificar que a existência de uma abertura em qualquer tipo de legislação que possibilite o exercício de uma atuação jurisdicional mais livre, despreocupada com os limites hermenêuticos e constitucionais existentes no sistema jurídico, leva aos julgadores a inclusão da “verdade real” como algo possível. Na seara processual penal, isso acontece quando do uso do Art. 156 do Código de Processo Penal.⁷⁹

No Processo Judicial Eleitoral, isso será abordado adiante, de maneira mais detida; deve-se utilizar muito o Código de Processo Civil de 2015, como prevê o disposto no Art. 15 desse mesmo Diploma, que aboliu decisões calcadas no livre convencimento do juiz. Ao mesmo tempo, existem artigos de Leis eleitorais específicas que ainda aceitam esse tipo de decisão (vide Art. 7º da Lei de Inelegibilidades, já mencionado no início desse trabalho). Particularmente, entendemos que este dispositivo da legislação eleitoral foi tornado sem efeito pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo imperioso colocar que nem no processo penal admitem-se decisões fundamentadas em ficções ou presunções.

Aqui se nota um claro problema para quem defende um modelo clássico de dogmática jurídica, uma vez que mesmo esses não conseguem situar a verdade real do ponto de vista filosófico, não havendo sequer uma preocupação neste sentido, que o faz confundir os paradigmas ontológico-clássico e da filosofia da consciência. (STRECK, 2011).

⁷⁹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Trazendo esse problema para o Processo Judicial Eleitoral, entendemos que a situação é mais grave dada a existência do Art. 23 da Lei de Inelegibilidades, que permite julgamentos através da livre apreciação de fatos públicos e notórios por meio de indícios e presunções, que preservem o interesse público e a lisura eleitoral,⁸⁰ sendo um prato cheio para a relativização de direitos fundamentais (como o devido processo legal e os direitos políticos encartados na Constituição Federal) ou seja, seria a representação legislativa da verdade real.

É importante colocar somente a impossibilidade de se aplicar esse dispositivo legal na atual conjuntura do sistema constitucional, mas já se adianta que a verdade real não pode conviver em um ambiente no qual o livre convencimento do juiz não mais existe⁸¹ (como é o caso do atual Diploma Processual Civil, que é a legislação de regência do Processo Judicial Eleitoral).

As mixagens de premissas do processo penal e civil não cabem no Processo Judicial eleitoral, não há espaço para a busca da verdade real no atual momento do processo civil no Brasil, repetimos, não mais existindo também na seara eleitoral, pois o Diploma Processual foi construído sob a égide das pilastras constitucionais. Trouxe novos paradigmas que precisam, por uma questão de segurança jurídica, ser reconhecidos como as bases do Processo Judicial Eleitoral, na esfera Cível; ou seja, não mais há como se conviver com as piores partes de duas áreas do Direito bem distintas e não se caminhar no sentido de uma estruturação clara, objetiva, do Processo Judicial Eleitoral.

Dessa forma, a crítica de Streck (2011, p. 220) se encaixa como uma luva ao uso da verdade real no processo eleitoral, vale trazer a aludida lição:

Por certo, a dualidade ‘verdade formal’ vs. ‘verdade real’ nos remete à fórmula carneluttiana para explicar o tipo de ‘certeza’ que deve sustentar uma sentença de natureza civil (verossimilhança, verdade formal) daquela de natureza penal (verdade real). Trata-se, paradoxalmente, de uma tentativa de limitar o assenhoreamento dos sentidos feito pelo sujeito solipsista através da estatuição de um ‘princípio’ que se fundamenta no paradigma anterior – superado pela subjetividade – que é a metafísica essencialista, clássica (lembramos que o sujeito é uma construção moderna!). Mais além da crítica que pode ser feita à impossibilidade de se falar em “verdade real” (uma

⁸⁰ Dispositivo já transcrito em nota anterior.

⁸¹ [...] ou há uma verdade real nos fatos (buscar a verdade nas essências das “coisas”/ dos fatos e que são verdades irrefutáveis, indiscutíveis e, portanto, não há convencimento – metafísica clássica), ou há um livre convencimento (no qual é possível se deduzir, autônoma e racionalmente o que é verdadeiro ou não – metafísica moderna). (STRECK, 2011, p. 221).

vez que articula dois conceitos distintos no nível da filosofia, quais seja, o de verdade e o de realidade), a questão mais originária que se apresenta em jogo aqui é esta: um processo penal inquisitivo convive tanto com um objetivismo quanto com um subjetivismo, e isso tem efeitos deletérios. Seríssimos!

Mesmo com dispositivos constitucionais já garantindo primados importantes, no sentido de conferir um grau razoável de democracia dentro do processo, e isso implica, por exemplo, em não haver julgamentos, a partir de agora, sem que o efetivo contraditório seja respeitado (caso aconteça um julgamento na forma permitida pelo Art. 23 da Lei das Inelegibilidades, só para citar outro exemplo, essa premissa não seria respeitada), o uso de argumentos desprovidos de conexão constitucional é comum no Processo Judicial eleitoral, e isso iguala este processo ao processo penal, pois, mais do que o modelo de verdade a ser trabalhado, neste processo se “aceitaria” a busca desenfreada por aquilo que aconteceu como princípio desta relação, o que certamente traz perigos ao andamento do processo.

Isso pode ser dito pelo menos do ponto de vista de adequação constitucional: “A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional”. (OLIVEIRA, 2009, p. 7).

Essa procura por maneiras de justificar a livre produção de provas por parte de quem deveria quedar-se imparcial e equilibrado, mediando a condução do processo sem se contaminar, pode ser encontrada facilmente no Processo Judicial eleitoral; os julgados citados mais à frente o comprovam, por isso é que a doutrina fala em “mito e dogma da verdade real” (OLIVEIRA, 2009, p. 9), no processo penal, sendo perfeitamente possível trazer esse entendimento para a seara eleitoral.

Por força desse verdadeiro fantasma, admite-se que o magistrado produza provas de ofício, na fase processual, contudo, quem defende esse ponto de vista argumenta que, devendo sua atuação ser sempre complementar e subsidiária, isso não retira a contaminação da imparcialidade do julgador.

A busca pela prova, a gestão da prova no processo, então, ganham outros contornos e práticas que se fundamentam em princípios questionáveis (também poderiam ser enquadrados na categoria de *standarts retóricos*), como o da verdade real, que acontece quase que diariamente no cotidiano forense eleitoral, não mais podem ser admitidas, precisam ser superadas, valendo repetir que toda essa busca está intrinsecamente ligada às formas pelas quais a verdade é trabalhada dentro de

um processo baseado nas premissas do Diploma Processual Civil de 2015, como é o Processo Judicial eleitoral, fazendo-se necessário fixar-se uma crítica a esse meio de imporem-se decisões judiciais discricionárias e desalinhadas com o que o atual momento do processo, principalmente, o civil impõe.

No caso do Processo Judicial eleitoral, a prevalecer as premissas do Art. 23 da Lei de Inelegibilidades, teremos aí um processo que não se sustenta se colocado ao lado das premissas processuais básicas, pois várias delas estão fadadas ao desrespeito claro pelo aludido dispositivo da legislação eleitoral, principalmente após o advento do Diploma Processual Civil de 2015.

Procuraremos então entender como se dá essa busca pela verdade que nos trouxe ao atual estado da arte do Processo Judicial eleitoral. Tal busca faz parte dos objetivos das partes que estão em um Processo Judicial, porém o estabelecimento da verdade a sua busca não é exclusividade das ciências jurídicas, uma vez que essa questão tem sido objeto de preocupação nas mais diversas áreas do saber/conhecimento. (PEZZELLA, 2005). Nesse sentido, observa este autor, que a busca pela verdade nas demais teorias do conhecimento apresenta-se como duvidosa, o que acabará por influenciar diretamente a Ciência do Direito, no que tange à discussão sobre o que é prova e como a obtenção dessa prova pode significar o alcance da verdade.

Por essas razões é cabível aqui colocar que a preocupação para com a exposição da verdade gera na sociedade um impacto capaz de prevenir a repetição de eventos similares e sua contribuição para a erradicação da impunidade, restabelecimento e manutenção da paz.

Quando a verdade sobre um determinado ocorrido pode ser objeto de reflexão e de debate público, acaba por fortalecer a credibilidade sobre os meios probatórios e, assim, pode deixar de lado a história dos registros fáticos. Com relação às vítimas, a satisfação do direito à verdade contribui para o alívio do sofrimento, recuperação da dignidade e, por que não dizer, para a sua reparação (SANTOS; TACCA, 2016), além de ser algo que direciona a realização da justiça inclusive no âmbito do processo.

A “verdade” dentro do processo – quando visualizadas as várias nomenclaturas utilizadas pelos juristas – parece ser um dado esquizofrênico, a depender do ponto de vista do doutrinador e do ramo processual estudado, e não,

propriamente, dos debates e das provas colhidas e trazidas aos autos de um Processo Judicial.

Em sentido parecido é a preocupação de Streck (2013) sobre esse problema quando tratado no Direito:

Na doutrina jurídica mais consumida, a verdade ora é confundida com um dado bruto (o fato em si?) ao qual o sujeito cognoscente deve se amoldar, ora é resumida a uma construção, erguida – a partir de uma pseudo ‘consciência metodológica’ – pelo sujeito cognoscente, algo que parece claramente no conceito de ‘livre convencimento’ ou ‘livre apreciação da prova’. (STRECK, 2013, p. 1).

Conforme Stein (2006), Heidegger já apresentava uma superação do subjetivismo dentro da discussão sobre a ideia de verdade, visualizando esta como algo transcendental ao homem, que supera o ser cognoscível, entendendo a verdade como concordância do ente com a coisa.

Desta forma, a análise da verdade deve compreender um exercício de correlação entre a ideia que se tem de algo e o que esse algo realmente representa ou representou, dentro de um momento histórico. Mas a discussão sobre a verdade não consegue escapar à impressão do ser, seja ele o ser no mundo de Heidegger, ou o ser observador, o que faria dela um objeto de análise e interpretação.

Mas o que encontramos sobre a verdade é que não podemos confundi-la com a nossa perspectiva nem com o nosso anseio de obtenção e fixação da verdade. O processo visto sob o prisma dialético e como instrumento de persuasão ou meio de apresentar fundamentos para atender a interesses de quem propõe em juízo, a partir do momento que erige a verdade como mantra, expõe a própria verdade à visão individualizada do partícipe que a exige, que quase sempre é o julgador, o que pode representar uma restrição ao direito de defesa ou à participação no processo de forma democrática.

Por isso, necessário se faz o estudo sério deste grave problema das adjetivações de “verdades” do processo e da (quase insuperável) dicotomia verdade formal vs. verdade real, pois acaba prejudicando a teoria e a prática processual em lidar com um dos temas mais caros de todas as áreas do conhecimento humano: a busca da “verdade” dos fatos.

Desta forma, neste trabalho, aprofundaremos o estudo da verdade com a exposição dos entendimentos de doutrinadores que podem auxiliar na compreensão do problema inicial da verdade, para melhor posicionamento de seus reflexos dentro

do Processo Judicial, com destaque para o Processo Judicial eleitoral, que sofre muito um falso entendimento sobre verdade real, expectativas probantes e vários outros aforismas que nada mais são do que expoentes de uma jurisprudência defensiva criada com o fim de negar o reconhecimento de direitos fundamentais dos jurisdicionados, como o direito fundamental a um procedimento estabelecido em lei e do respeito ao devido processo legal.

Para tanto deve-se ter como premissa básica que a verdade é algo cuja centralidade em um processo deve ser encarada cientificamente e não ser citada como um argumento que serve para as mais diversas situações. Aquilo que será alinhado a ideia de uma verdade dentro de um processo não é algo produzido, pois aflora a partir da marcha processual, de modo que ainda que o julgador saiba algo através de meios não inclusos nos autos e não provados nesses, isso não pode ser tomado como elemento fundante de uma decisão, porém, infelizmente, isso acontece com uma certa frequência no Processo Judicial Eleitoral.

A verdade válida processualmente é a que é apreendida a partir dos autos, e não a construída pela cognição do juiz. Nesse sentido é a doutrina de Gossel (2007, p. 116):

Quien considera que la verdad solo es susceptible de ser construida, se condena a aceptar toda imagen de la verdad conseguida técnicamente conforme al ordenamiento procesal aunque contradiga la verdad real, concluyendo que la verdad sobre el hecho es aprehendida, pero no construida.

Para se adentrar por essa discussão, deve-se entender que se trata de algo inerente ao espírito de curiosidade que impulsiona o ser humano, sendo importante verificar o que a doutrina construiu sobre o tema. Tanto Chauí (2010) quanto Carvalho (2011) concordam que o problema da verdade surgiu quando a linguagem humana atingiu o poder de abstração, adentrando pelo mundo do subjetivismo, possibilitando ao homem referir-se a um objeto ausente para outro homem, como, por exemplo, “quando precisa explicar a onça (o perigo) sem que ela estivesse presente, e, às vezes, para aquele que nunca a tivesse visto”. (CARVALHO, 2011, p. 53).

A ideia de verdade, então, tem como correspondência ou conformidade um fato real com a percepção ideológica que se faz dele, ou seja, não é que a ideia e a coisa se correspondam mutuamente, como uma cópia, essa afirmação de conformidade/correspondência é fruto do “conhecimento da estrutura da coisa, das

relações internas necessárias que constituem a essência da coisa e das relações e nexos necessários que ela mantém com outras”. (CHAUÍ, 2010, p. 126). Ou seja, a ideia corresponde à coisa conhecida à medida que aquela seja uma ação realizada por obra intelectual, e esta seja uma realidade externa conhecida pelo intelecto.

Outro ponto de vista importante sobre o tema é o de Foucault (1979, p. 12), ao afirmar que a verdade está intrinsecamente ligada a poder: “a verdade não existe fora do poder ou sem o poder”. Ademais, na visão de Foucault (1979, p.13) por verdade não se pode dizer que se trate de “o conjunto das coisas verdadeiras a descobrir ou a não fazer aceitar, mas o conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui aos verdadeiros efeitos específicos de poder”.

Kelsen (1986), por sua vez, identifica verdade como uma qualidade do enunciado. Diz o referido autor que:

[...] ‘verdadeiro’ e ‘bom’ são duas qualidades, e um enunciado somente será estabelecido como verdadeiro se ele *corresponder* ao seu objeto. Um enunciado é verdadeiro se ele corresponde ao seu objeto, e no caso principal: no caso de enunciado sobre um fato da realidade, se o enunciado corresponde à realidade, a qual o enunciado se refere, a qual é o objeto do enunciado. (KELSEN, 1986, p. 221-222).

Para Habermas (2004), principal expoente da Escola de Frankfurt, a verdade sobre um fato é um conceito dialético, advindo do embate das argumentações desenvolvidas; isto é, a verdade acaba por ter sua base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes, de maneira que a verdade não se descobre, mas se constrói, por meio da argumentação.

Diálogo, interação, discurso, consenso, comunicação e linguagem são expressões presentes na formação do conceito de verdade para Habermas. A verdade, assim, é apenas provisória, porque ela deve prevalecer a partir da verificação do consenso discursivo.

Parece claro, atualmente, que o conceito de verdade é o do desate necessário a dar funcionalidade à própria segurança jurídica do fato em si mesmo, na juridicidade que ele produz. Assim, no campo do Direito Processual, essencialmente no Processo Judicial Eleitoral, como se pode discutir a verdade sem que o responsável pelo desfecho do processo não caia na armadilha de aderir a um entendimento que torne a produção de prova um mar de possibilidades infinitas? Ou

uma busca infundável a partir das expectativas probantes que uma parte, o Ministério Público, ou mesmo o próprio juiz de uma causa pode ter e requerer, determinar a produção desregrada de provas sem um mínimo de apego técnico jurídico processual?

Afirma-se isso pelo fato de existirem entendimentos que apontam para a possibilidade de, na seara penal, as provas serem direcionadas ao Estado, e de se ter uma produção probatória impulsionada pelo juiz na intenção de se protegerem os direitos fundamentais do indivíduo, atingido pela persecução penal (embora na prática isso se desenrole de maneira diferente). E, na seara cível eleitoral, as regras que deveriam proteger os indivíduos (no caso aqueles que estão no exercício dos seus direitos políticos, litigando em favor desses) deveriam ceder espaço a atuação estatal por meio do Estado-Juiz, levando-se em consideração a natureza coletiva dos bens tutelados pelas ações eleitorais (proteção da incolumidade do voto do eleitor, a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade/ normalidade das eleições, só para citar alguns exemplos) que se deveriam sobrepor (através do exercício de uma ponderação, não teceremos nesse momento comentários sobre o desacerto desta opção) ao direito individual do cidadão em exercer o seu mandato já conquistado nas urnas.

Ocorre que não importa o argumento, se a ponderação de valores ou somente a vontade do julgador, ou uma certa teleologia ínsita à posição exarada em um processo, o certo é que se trata de um raciocínio que sempre vai apontar para a verdade real como destinatária do processo, o que despreza o respeito ao devido processo legal, e isso significa retirar os limites da produção de prova, o afastamento de preclusões. É como se as partes que demandam, o Ministério Público, inclusive quando não é parte, e o próprio juiz sempre pudessem ter o processo a sua disposição, ainda que falhassem nos seus papéis, na obediência dos procedimentos legais, porque os bens jurídicos tutelados são deveras importantes para não serem “protegidos” pela atuação do Estado-Juiz.

Noutras palavras, para quem entende dessa forma, há uma licença para errar dentro do Processo Judicial da Justiça Eleitoral e fazer com que a gestão da prova seja sempre pendente em favor de quem atua em um dos polos da ação, ou tem uma intenção pessoal a estabelecer, o que, claramente, quebra a igualdade dentro do processo, a paridade das armas que deve haver entre as partes e a imparcialidade do Magistrado. Infelizmente, episódios dessa natureza são

encontrados na jurisprudência,⁸² fato que demonstra um baixo grau de compromisso com a ciência processual de maneira *latu*.

Usar da verdade real enquanto argumento equivale a admitir que o fim (a busca da verdade real) justifica os meios (juiz produzindo prova, julgando por presunção, indícios, não fundamentando decisões), e no exercício da jurisdição os fins jamais poderão justificar os meios porque os meios (regras e formas) são as garantias da verdade processual, da liberdade e do gozo dos direitos políticos passivos e ativos, do próprio exercício da cidadania, e, como tal, eles têm valor para os tempos difíceis de uma democracia, muito mais do que em tempos tranquilos, pois impedem abusos.

É nesse sentido também a lição de Santis (2012, p. 12-13):

Nella giurisdizione il fine non giustifica mai i mezzi, dato che i mezzi, ossia le regole e le forme, sono le garanzie di verità e di libertà, e come tali hanno valore per i momenti difficili di una democrazia, ben più che per quelli facili, mentre il fine non è già il successo comunque sull'avversario, quanto la verità processuale raggiunta solo per loro mezzo e pregiudicata dal loro abbandono.⁸³

Mas é interessante que a aplicação de tal entendimento sempre vem em prejuízo do hipossuficiente, o cidadão, que, no constrangimento de responder uma acusação, muitas vezes sem provas mínimas necessárias, ainda vê no julgador um árbitro que não se convence com o lastro probatório, trazido pelo próprio condutor da ação penal, ou da ação eleitoral no caso aqui estudado, e pede ou produz outros elementos, com a desculpa de uma insatisfação pessoal, de uma expectativa probante possível. Daí se vai à busca pela verdade real como muleta argumentativa, quase que invariavelmente, tornando toda e qualquer discussão sobre esse tema acientífica e rasa de sentido.

⁸² Em um caso onde o Ministério Público Eleitoral não era parte no processo e que o autor da ação não levou algumas de suas testemunhas para a audiência de instrução, antes mesmo de iniciar a instrução, o juiz da causa deferiu pedido do MP para intimar as testemunhas do autor da ação, que foram dispensadas pelo próprio demandante, desconsiderando completamente o Art. 22, VI e VII, da Lei Complementar 64 de 1990, decisão referendada pelo TRE respectivo, em decisão monocrática, sob o argumento de que há uma: [...] “legítima expectativa de contribuição para o acervo probatório” (MS 0601929-82.2018.6.18.0000, TRE-PI, Rel. Astrogilgo Mendes de Assunção Filho).

⁸³ Nesse texto o autor coloca de maneira firme que numa jurisdição, o fim nunca justifica os meios, pois os meios, que são as regras e as formas, são garantias de verdade e liberdade e, como tal, têm valor para os momentos difíceis de uma Democracia, muito mais do que para as situações fáceis. Enquanto o fim ainda não é o sucesso do adversário, mas sim a verdade processual alcançada apenas por seus próprios meios e prejudicada por seu abandono.

Necessário se faz, inicialmente, para fins de um raciocínio que leve a dialética processual como norte, entender que o Direito se manifesta por meio de signos, que são formas de linguagem e não de vontades, e se o Direito se manifesta através de signos escritos (textos), então Direito é linguagem em essência:

Linguagem que necessita de interpretação humana para ser compreendida. Assim, a partir da interpretação é que se extrai a norma jurídica. Afinal, o texto em si não encerra verdade alguma. É só aparência, não essência. Texto não é norma. A norma é produzida no homem e pelo homem, a partir da interpretação do texto. (CARVALHO, 2011, p. 61).

Neste âmbito, a verdade processual é aquela levada ao juiz pelos fatos demonstrados e requeridos pelas partes, essas sim têm interesse particular no processo, ainda que esse processo diga respeito a algo que é de interesse público (como o caso das ações eleitorais que resguardam a lisura de um pleito eleitoral).

Assim, o que interessa a quem julga seria essa verdade processual, ainda que os fatos ocorridos no mundo real possam ter sido outros, como entende Echandía (2004, p. 59):

Por verdad procesal se debe entender la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Pero ésta puede ser diferente de la verdad real. Esto significa que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, y que su decisión tendrá que ceñirse a ella para ser recta y legal, aunque en ocasiones la realidad puede ser diferente.

Esse acontecer interpretativo do Direito, que direciona a atividade desenvolvida pelo Magistrado, deve ser construído levando-se em conta que o objeto do Direito não é a norma jurídica pronta e acabada; é o texto, enunciado prescritivo e o contexto que a cerca para que o intérprete-juiz possa realizar a interpretação a partir do contexto em que uma situação fática lhe é submetida.

Ressalte-se que a interpretação, principalmente a de cariz constitucional, não se opera no vazio, ou seja, não há espaços para criações de direitos a partir de interpretações. Assim ensina Pereira (2018, p. 71):

A interpretação constitucional não opera no vazio. Ao contrário é efetivada em condições histórica e socialmente situadas. Toda interpretação é contextualizada, pois o intérprete não capta o sentido da norma fora de sua existência histórica, ou com a 'mente em branco'. (ESSER, 1970, p. 133).

Importante, então, verificarmos como a interpretação desse tipo de norma legal deve se dar para que não haja distorção dos objetivos do processo através da aplicação inadequada de uma norma.

Kelsen (1985), por exemplo, entendia que, se a interpretação é a fixação do sentido da norma (objeto a interpretar), o resultado da interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, em consequência, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Nesse contexto, fica claro que o autor austríaco não levava em conta a ideia de um texto constitucional limitador do sentido de uma norma.

Sendo assim, para ele, a interpretação de uma lei não deve, necessariamente, conduzir a uma única solução como sendo a correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, devendo-se escolher a melhor dentre as corretas. Para ele, interpretar era uma ato de vontade, de escolha e não de adequação, essa ideia chega aos dias de hoje influenciando, muito, parte da Magistratura brasileira, o que se perfaz também como um problema, pois, como já visto neste trabalho, a verdade processual, principalmente a que se realiza a partir dos ditames do CPC de 2015, através do respeito ao contraditório substancial, não se realiza por meio de um ato de escolha, mas sim pela construção dialógica que deve permear o Processo Judicial.

Desse modo, encontra-se a faceta mais relevante diante de um processo, a do juiz. Este tem como missão mediar a comprovação dos fatos pelas partes, no caso concreto, o que se insere com a dinâmica própria da indagação-interrogação; melhor dizendo, através da construção pela significação dos fatos (fenomenologia da facticidade) que foram produzidos para que se assente a verdade a ser desvelada.

Disso resulta que o juiz, além da observância do devido processo legal, com a realização do contraditório, com a ampla defesa, e com a adequada produção de provas, deve ter a árdua missão da busca pela verdade, porém sem nunca desrespeitar o direito ao contraditório substancial e o direito fundamental ao procedimento, elementos cruciais para que haja um processo congruente com o devido processo legal.⁸⁴

⁸⁴ Sobre o contraditório, Carnelutti (1986, p. 89) ensina que se trata de um meio do processo e não um fim: "Il contraddittorio è "un mezzo del processo non un fine" per cui "il difetto di contraddittorio può pregiudicare, ma non pregiudica in ogni caso, lo scopo del processo; il contraddittorio è uno

Assim, o Processo que transcorre na via judicial visa alcançar uma decisão que venha a distribuir poder e, desse modo, passando a impor às partes de forma coativa. Nesse contexto, é legítimo afirmar que o processo tem caráter eminentemente hermenêutico, pois se trata de trazer de volta o que passou ao presente, revivendo o passado e apresentando-o como presente. Conforme ensina Pastore (1996, p. 125): “In questo senso è legittimo affermare che il processo ha un carattere eminentemente ermeneutico”. Até mesmo porque a prova se constitui uma ponte entre o passado e o presente com o objetivo de fazer reviver agora o evento que ocorreu no passado.

Para Verde (1990, p. 465), “[...] la prova individua qualsiasi strumento capace di far rivivere nel presente un avvenimento passato. Essa costituisce, cioè, un tramite o un ponte tra passato e presente”⁸⁵. Esses ensinamentos levam ao entendimento de que a consciência hermenêutica deve estar sempre presente nos atores que fazem o processo acontecer, e visam o estabelecimento da Justiça, pois mantêm uma tensão entre o horizonte do passado e do presente, permitindo a compreensão de um passado que é acessível na forma de um texto que se aplica dentro de um processo, que traz um evento que é inseparável de um contexto linguístico jurídico.

Dessa forma, a verdade epistemológica no Processo Judicial será encontrada frente às dificuldades históricas, contextuais, legais, fáticas e teóricas que lhes são obteníveis durante o seu percurso. Aceitar que o Processo Judicial obtém a verdade equivale a reconhecer que os direitos e as obrigações alegadas pelos meios probatórios são verdadeiros ou falsos. Admitir, dessa forma, que as proibições sejam falsas, supõe que as disposições normativas também são suscetíveis de veracidade ou falsidade. (VELA, 2009).

Ideias, ciências originadas da mente humana, como o Direito, enfrentam um desafio ainda maior quando confrontados com a questão da verdade, pois sua inexistência fora da condição humana revela-se um significativo complicador para o estabelecimento de um modelo de verificação, como exigiria uma visão clássica de verdade.

strumento utile del processo, quando vi sono ragioni per contraddire, se non ve ne sono, è un ingombro”.

⁸⁵ Nesta passagem a doutrina citada explica que a provatem por função identificar qualquer instrumento capaz de reviver um evento passado no presente. Isto é, constitui um elo ou uma ponte entre passado e presente.

Por essa razão, se faz interessante assinalar a discussão que traz Carnelutti (2010), a respeito da veracidade na reconstrução dos fatos quanto ao processo penal e a diferença que ocorre no processo civil, pois a similaridade dos primados do processo penal com judicial eleitoral é inegável.

Exemplifica o doutrinador que, no processo penal, pela ocorrência de um delito, o acusado tende a se esforçar ao máximo em apagar todos os vestígios de seu acontecimento; já no processo civil acontece exatamente o contrário: o indivíduo se esforça, ao máximo, para conservar, com todo o cuidado, todas as provas de determinado fato, como, por exemplo, um contrato.

Já no objeto de estudo deste trabalho, o Processo Judicial Eleitoral, há elementos dos dois processos, mas existe uma prevalência em relação ao processo penal, pois os alvos dos processos, principalmente quando eleitos, se esforçam ao máximo para não deixar vestígios de eventuais ilícitos eleitorais.

No contexto processual, pode-se dizer então que a busca da verdade se traduz como um meio para se chegar a um resultado justo, uma vez que o processo no Direito brasileiro somente começa por iniciativa da parte, porém, uma vez iniciado se desenvolve por impulso oficial, cabendo ao juiz liderar e mediar a produção de prova que visará o estabelecimento do direito mais adequado ao caso.

No entanto, para se compreender que não há como quaisquer dos atores processuais se apegarem a essa ideia de busca de uma verdade real, como objetivo maior do processo, de maneira que isso justifique qualquer medida processual, nesse sentido, há que ser ressaltada a questão da inatingibilidade da verdade absoluta no processo. Isto é, a busca da “verdade” no contexto processual não passa de uma utopia, não podendo, jamais, como dito há pouco, ser buscada a todo custo, sem regras nem limites, pois como bem expressa Taruffo (1990, p. 444): “A verdade dos fatos não é jamais absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria de elementos que a confirme”.

Deste modo, a reconstrução perfeita dos fatos jamais será alcançada, e não será a quebra dos limites do processo, principalmente os impostos pela Constituição Federal, que mudará essa situação. Caso inexistisse essa proibição de rediscutir os fatos já definidos (por meio da formação da coisa julgada), a resolução do mérito nunca colocaria fim ao conflito de interesses.

Seguindo esse raciocínio, deve-se perquirir fidedignamente na busca da verdade no processo, mas não a “verdade substancial” (chamada também de real ou

material), muito menos a real, e sim a denominada “verdade processual”, baseada num juízo de probabilidade e verossimilhança, condizente com uma ampla participação e debate das partes no processo e observando os princípios integrantes do postulado do devido processo legal.

A doutrina tradicional tende a traçar a diferenciação da “verdade” que existe no processo civil (ou em outros ramos do direito processual) com a “verdade” que existe no processo penal. Vimos aqui que no processo judicial eleitoral esse fenômeno é inverso, há uma mistura das premissas dos dois setores da ciência processual. Tanto que a ideia de princípio da verdade real, que foi absorvida de maneira contundente pela jurisprudência eleitoralista,⁸⁶ tem sua gênese no processo penal.

⁸⁶ Recurso especial. Agravo regimental. Representação. Investigação judicial eleitoral. Captação. Sufrágio. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Improcedência. Antecipação. Julgamento. Ocorrência. Retratação. Suspeição. Testemunhas. Ausência. Cerceamento. Defesa. Circunstância. Arrolamento. Igualdade. Testemunhas. Objeto. Decisão. Improcedência. Representação. Observância. Princípio. Livre convencimento. Ausência. Dissídio jurisprudencial. [...] 2) O Princípio do Livre Convencimento autoriza o juiz a dispensar a prova que não se demonstre necessária para a aferição da verdade real. [...] (AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 25266, Acórdão nº 25266 de 06/09/2005, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 28/10/2005, p. 136). [...] RCED 717/RJ – [...] “Não procede igualmente a alegação de que o processo é nulo em virtude de ter se baseado em provas produzidas em cautelar deferida pelo TRE/RJ e não pelo TSE, competente para julgar o recurso contra diplomação. Esta Corte já se manifestou contrária à tese de nulidade proposta pelo recorrido no RESpe 28.301-AgR/RJ de minha relatoria. O Plenário do TSE assentou não ter havido cerceamento de defesa na referida ação e que a decretação de sua nulidade seria ode ao formalismo em detrimento aos princípios da celeridade e da busca da verdade real”. [...] A medida adotada pelo Juízo da 85ª Zona nada teve de irregular. A despeito da previsão contida no Art. 3º, § 3º, LC nº 64/90, o Colendo Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais têm admitido a quebra da regra, como, por exemplo, nos casos em que há diversidade de fatos suscitados num mesmo processo, a fim de assegurar a busca da verdade real, quando há formação de litisconsórcio passivo necessário entre o Chefe do Executivo e o seu vice ou, ainda, em homenagem ao Princípio da Isonomia Processual. - Manutenção do indeferimento da liminar. - Segurança denegada (TRE-PI: Mandado de Segurança nº 11560, Acórdão de 22/07/2013, Relator(a) SANDRO HELANO SOARES SANTIAGO, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 137, Data 25/07/2013, p. 9). [...] MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE MAGISTRADO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA EM AIJE - INTIMAÇÃO DE TESTEMUNHAS VIA OFICIAL DE JUSTIÇA - VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - NÃO DEMONSTRADO. PODERES INSTRUTÓRIOS CONFERIDOS AO JUIZ. ART. 130 DO CPC. PRINCÍPIOS DA VERDADE REAL E DA EFETIVIDADE DO PROCESSO. DENEGAÇÃO. [...] Agravo regimental. Mandado de segurança. Ação de impugnação de mandato eletivo. Oitiva de testemunhas. Não apresentação do respectivo rol no ato de ajuizamento da demanda. Indeferimento da produção da referida prova pelo juízo de primeiro grau. Princípio da Busca da Verdade Real. Requerimento de oitiva de testemunhas formulado na exordial. Inexistência de prejuízo. Deferimento da liminar. Plausibilidade do direito e perigo da demora. Manutenção da decisão monocrática. Desprovemento do agravo regimental. (TRE-BA: AGRADO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANCA nº 11098, Acórdão nº 516 de 22/05/2013, Relator(a) SAULO JOSÉ CASALI BAHIA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 04/06/2013 – Sobre este julgado vale um comentário: nesta decisão do TRE-BA, posto que a Lei Comp. 64/90, é expressa em exigir a juntada de rol de testemunhas juntamente com a inicial (Art. 3º § 3º: O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se

Mirabete (1992, p. 45) expõe seu entendimento sobre o assunto da seguinte forma:

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se exclui os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações, etc., tão comuns no processo civil.

Essa visão é deveras preocupante, pois os seus defensores fazem ode contra as formas processuais, contra o Direito Fundamental a um procedimento que seja previsto em lei. Abre-se a possibilidade de uma produção de prova infinita, sem freios em razão supostamente de “algo maior”, que, no eleitoral, num grande esforço contemplativo, poderia até ser considerada a dita “lisura eleitoral” de que fala o Art. 23 da Lei de Inelegibilidades aqui já citado.

Mas a questão é muito mais abrangente e vai de encontro a premissas constitucionais básicas. Não se pode admitir que um processo seja subvertido para satisfazer uma suposta expectativa probante de quem virtualmente tem uma convicção pessoal formada. Se há a tal expectativa é porque já aconteceu um convencimento que lavora em desfavor de uma das partes, e isso quebra completamente a imparcialidade do julgador e a paridade de armas que deve reger o processo judicial eleitoral.

A produção de provas na forma da lei jamais vai satisfazer esse tipo de julgador; para ele, nunca haverá prescrição no que tange, por exemplo, a produção de uma prova, e o processo passa a ser algo completamente desigual, pois sempre haverá a possibilidade de se fazer algo para se obter uma “prova melhor” para fundamentar o seu entendimento já fixado em sua consciência previamente.

A interpretação de que o Art. 219 do Código Eleitoral⁸⁷ daria essa liberdade transversa ao intérprete da Lei Processual Eleitoral é outro equívoco grave; trata-se de uma compressão que retira todo o sentido do que se entende por

for o caso, no máximo de seis, o que não ocorreu no caso, mas a Corte regional entendeu que a verdade real supera a garantia do contraditório ofertada e homenageada pela lei, posto que a juntada do rol de testemunhas de forma prévia permite a sua contradita.

⁸⁷ Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo.
Parágrafo único. A declaração de nulidade não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa nem a ela aproveitar.

instrumentalidade das formas, como bem ensina Wambier, Talamini e Almeida (2008, p. 199), quando afirmam que o referido princípio “busca afastar o culto exacerbado das formas, sem cair no extremo oposto: liberdade total aos sujeitos processuais”.

Ademais, se existe forma, rito, para praticar um ato processual, definido em Lei, não é possível se buscar a finalidade e os resultados aos quais se destinam a norma, isso seria incompatível com o Art. 188 do CPC de 2015. Uma simples leitura do artigo demonstra isso: “Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Embora se entenda que o Art. 277 do CPC de 2015⁸⁸ dê essa liberdade, isso se aplica somente no que tange à prática de algum ato específico, e não possibilita a inversão de uma fase processual, de um rito legal, ou a transformação de uma instrução processual em algo sem limites. A simples inversão citada em caso concreto já é de um prejuízo indiscutível a qualquer uma das partes e principalmente ao processo em si.

Esse entendimento também é expressado na jurisprudência mais abalizada,⁸⁹ lembrando que não se trata aqui de defesa de apego a uma forma qualquer, porque no Direito Público esse apego é rechaçado, mas sim uma assertiva para se fixar que haja um entendimento de que produção probatória não pode ser uma caçada desmedida e sem fim por uma caça (um alvo) predeterminada, pois se trata de algo que deve oferecer, antes de tudo, igual oportunidade entre as partes que estão no litígio e previsibilidade nessa luta.

Conforme dito, na jurisprudência eleitoral, que tem uma fixação pela busca da verdade real, deve-se entender essa obsessão como um problema a ser enfrentado, pois as decisões citadas aqui demonstram que esse argumento da busca pela

⁸⁸ Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

⁸⁹ [...] o Princípio da Instrumentalidade das Formas “veda o raciocínio simplista e exageradamente positivista. A solução está no formalismo moderado, afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade e só nesta medida devem ser preservadas. A liberdade absoluta impossibilitaria a sequência natural do processo. Sem regras estabelecidas para o tempo, o lugar e o modo de sua prática. Com isso, o processo jamais chegaria ao fim. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está, precisamente, no conhecimento prévio do caminho a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa. Neste raciocínio, resta evidenciada a preocupação com os resultados e não com formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos tempos” **STJ**, 5ª Turma, RMS 8.005/SC, Relator: Ministro **Gilson Dipp**, julgado em 6/4/2000, DJ 2/5/2000, p. 150.

verdade real, além de raso, configura-se como uma muleta para se decidir livremente, algo que hoje não mais há como se admitir.

Em algumas oportunidades, o TSE,⁹⁰ com lastro em posições anteriores também de seus Ministros,⁹¹ coloca a verdade real na condição de princípio a ser respeitado dentro do Processo Judicial Eleitoral, de maneira a permitir ao juiz produzir provas, o que deveria ser um espanto; porém, cada vez mais, vem se fixando esse entendimento, isso porque anda longe de ser princípio e ainda mais norteador de um processo judicial que visa garantir os primados democráticos.

Admitir as práticas calcadas na busca pela verdade real, no que diz respeito à produção de provas, seria admitir a possibilidade de práticas correntes de arbitrariedades no processo. Tal assertiva se encontra em Mazza (2014, p. 713):

A nessun livello, né teorico né pratico, potrebbe predicarsi la celebrazione di un processo che non avesse finalità cognitive, pena lo scadimento della giustizia penale verso un modello puramente decisionista, connotato da arbitrio e irrazionalità.⁹²

Não raro, esse argumento é usado para que se restrinjam direitos no âmbito do Processo Judicial Eleitoral; vários são os exemplos nesse sentido, o TRE/ES, por exemplo já assentou: “[...] em homenagem ao princípio da busca da verdade real, é se deferir a juntada extemporânea de novos documentos fora do prazo legal. Preliminar Rejeitada”.⁹³

Esse mesmo entendimento se encontra espalhado por outras Cortes Regionais Eleitorais, como é o caso do TRE/RS e o TRE/MS:

Não tendo as testemunhas do autor comparecido espontaneamente em audiência e sendo indeferido requerimento para a realização de intimação judicial, resta evidente o prejuízo do demandante. Prevalência da busca da verdade real e da asseguuração de todos os meios necessários para a sua obtenção.⁹⁴

⁹⁰ Galli e Teixeira (2017).

⁹¹ Tal posição pode ser vista no caso descrito. (GALLI; TEIXEIRA, 2017).

⁹² Em nenhum nível, nem teórico nem prático, poderia ser pregada a celebração de um processo que não tivesse propósito cognitivo, sob pena de a justiça criminal cair em direção a um modelo puramente decisionista, caracterizado por arbitrariedade e irracionalidade.

⁹³ RECURSO nº 552, Acórdão nº 466 de 20/10/2004, Relator(a) RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, Data 25/10/2004.

⁹⁴ RECURSO - REPRESENTAÇÃO nº 602005, Acórdão de 24/08/2006, Relator(a) DESA. FEDERAL SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, Relator(a) designado(a) DRA. LÚCIA LIEBLING KOPITKE, Publicação: DJE - Diário de Justiça Estadual, Volume 3806, Tomo 169, Data 12/09/2006, p. 139.

Deve-se aceitar, forte no artigo 23 da LC 64/90 que assenta a supremacia do interesse público na lisura do pleito e a busca da verdade real na AIJE, a juntada de documentos pelo Ministério Público Eleitoral, ao menos como construção do conjunto probatório que alicerçará a futura decisão de mérito na demanda.⁹⁵

Assim verifica-se que a ampla utilização de tal “princípio” em Processos Judiciais Eleitorais, mormente os que tratam das representações que se fundamentam nos arts. 41-A, 30-A e 73 da Lei 9.504/97 e ações por abuso do poder econômico e público (AIJE e AIME), que são instrumentos processuais que visam ou podem gerar sanções políticas graves, como a perda de mandato eletivo e a inelegibilidade, acontecem de maneira discricionária, sem uma preocupação com os limites constitucionais de uma decisão judicial.

O uso desse princípio faz com que a sua busca se assemelhe a uma caçada selvagem. Observe-se que só se busca algo que não se sabe onde está. Ou quando se quer a comprovação de sua existência, seja uma pesquisa com minúcia, um exame exaustivo; na caçada não, se trata de uma perseguição.

Um caçador sempre sai para sua caçada armado, nunca de mãos limpas, o objetivo do caçador é abater, predar, e quando já se tem uma ideia prévia que aponta para a tese que entende pela culpa de alguém, no caso da seara cível eleitoral, de um político que pode ter o seu mandato retirado (não por acaso o termo usado nessas situações é cassação de mandato), infelizmente o que resta predado, nesse contexto, não é a presa (o político ou a parte demandada nas ações eleitorais), mas sim o próprio Direito e as garantias constitucionais fundamentais para o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, pois a perversão é do processo enquanto instituição.

A busca (caçada) da verdade real perfaz-se como uma maneira de superar as barreiras do processo, as garantias, as formas previstas em Lei, servindo de tela ideológica para justificar as limitações do direito de defesa e a evasão das regras de uma produção de prova justa e equilibrada (UBERTIS, 1992), que são cruciais para garantir direitos fundamentais dos cidadãos, como os direitos políticos, a liberdade e a presunção de inocência até um julgamento final.⁹⁶

⁹⁵ Agravo Regimental nº 334865, Acórdão nº 20484 de 14/06/2011, Relator(a) GERSON FERREIRA PAES, Relator(a) designado(a) CÉSAR AUGUSTO BEARSI, Publicação: DEJE - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral, Tomo 918, Data 27/06/2011, p. 3 e 4.

⁹⁶ [...] Trata-se de justificativa ideológica para afastar as garantias processuais e limitar o direito de defesa, como ensina a doutrina (UBERTIS, 1992, p. 37): “La ricerca della verità materiale funge da

Antes, os processualistas civis davam muito mais importância a certos requisitos legais relacionados ao direito probatório (forma) do que propriamente ao conteúdo material da prova (conteúdo), preponderando o que se chamava verdade formal. Nesse sentido era (ainda é) a posição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2010):

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 342 etc.), a maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 71).

Vale colocar que o processo, o seu conjunto de normas, visa garantir o contraditório e a ampla defesa dos participantes, como um instrumento em favor do cidadão, para que o Leviatã não o subjuguie ou constrinja seus bens sem o devido processo legal,⁹⁷ de maneira que os que forem submetidos a esse contexto possam guerrear de maneira equivalente, com paridade. Seria, então, despiciendo questionar a aplicação do “princípio” da busca pela verdade real, porque inconstitucional ou ao menos não constitucionalmente previsto.

Mas as Cortes pátrias, de maneira geral, como referenciado supra, não conseguiram ainda superar, ultrapassar antigos dogmas, que nunca fizeram, não fazem, e muito menos farão qualquer sentido lógico-jurídico ou jurídico-social, como se verá adiante, não absorvem, sequer a eliminação de institutos como o livre convencimento motivado do juiz da legislação processual civil.

É constitucionalmente incompatível a supressão, extensão ou criação de procedimentos para a busca da verdade real, em qualquer sentido, sobretudo em detrimento das garantias constitucionais do cidadão processado, submetido ao *jus puniendi* (penal ou político) do Estado.

schermo ideologico per giustificare limitazioni al diritto di difesa ed elusioni di regole probatorie garantistiche”. Ou seja, a busca da verdade material serve como uma tela ideológica para justificar limitações ao direito de defesa e evitar regras de evidência garantidas.

⁹⁷ Decisão do TJRS na Correição Parcial nº 70002028041 (Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho. Data do Julgamento 20/12/2000. Publicado na RJTJRS 204/200) considerou, observando as lições de Ferrajoli e Suannes, que “o mito que o processo penal mira a verdade real está superado. A busca é outra: julgamento justo ao acusado (lições de Aduato Suannes e Luiji Ferrajoli). - O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório”.

Acontece que a obsessão pela verdade dentro do processo se perfaz, na visão dos que se valem da busca pela verdade real, como meio de satisfazer o sentimento subjetivista de quem prejulgou a causa, e busca fundamentos para uma decisão preconceituosa, como se tentou apresentar adiante com a Teoria Garantista que desmascara muito bem a busca da verdade real.

O que fora colocado acima é suficiente para demonstrar a proximidade do Direito Eleitoral, quando se trata do *jus puniendi* político do Estado, com o Direito Penal e Processual Penal, até mesmo porque todos possuem viés constitucional, galgado nos princípios do devido processo legal.⁹⁸ Assim, é desnecessário

⁹⁸ A Jurisprudência do TSE reconhece a conexão com o Direito Processual Penal, mas sem a devida distinção que deve ser feita, principalmente após o CPC de 2015, mesmo depois do seu advento decisões desse jaez continuam se proliferando na Justiça Eleitoral, a exemplo dessa: RECURSO ORDINÁRIO Nº 4963-94.2014.6.13.0000 - CLASSE 37 - BELO HORIZONTE - MINAS GERAIS Relator: Ministro Gilmar Mendes. 02/03/2016. Publicado no Diário Oficial da Justiça Eleitoral em 09/03/2016. Eleição 2014. Recurso ordinário. Ação de investigação judicial eleitoral. Governador. Vice-Governador. Deputado estadual. Servidor público. Abuso do poder econômico e político. Conduta vedada. Uso de patrimônio público e de servidores públicos durante expediente. Comício disfarçado de reunião classista. Suposta coação de servidores. Inicial. Ausência de elementos mínimos. Indeferimento. 1. A posição minimalista não autoriza o julgador a malferir o devido processo legal e a negar a efetiva prestação jurisdicional. 2. No Direito Eleitoral, as regras de proteção aos direitos individuais do cidadão cedem espaço à atuação estatal, pois há que se avistar a natureza coletiva dos bens jurídicos tutelados pelas ações eleitorais, notadamente no caso sub examine, em que, por meio da ação de investigação judicial eleitoral, busca-se manter a igualdade a disputa eleitoral e proteger a legitimidade e normalidade das eleições. 3. Consoante a jurisprudência deste Tribunal, o abuso do poder político caracteriza-se quando determinado agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros (AgRREspe nº 833-02/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 19.8.2014). 4. Em casos assemelhados ao dos autos, juízes e tribunais eleitorais vêm entendendo, ad cautelam, a necessidade de abertura de dilação probatória, admitindo-se o indeferimento da inicial com base no Princípio do Livre Convencimento apenas em casos excepcionais. 5. Os fatos narrados na petição inicial configuram, em tese, a prática de abuso do poder político, cabendo ao julgador certificar-se, por meio de ampla instrução probatória, que o plano fático, substrato para sua decisão, é o mais próximo da verdade real. 6. Para que a petição inicial seja apta, basta que se leve ao conhecimento da Justiça Eleitoral indícios mínimos da prática de ilícito. A análise da veracidade e da gravidade dos fatos configura análise do mérito. 7. Recurso ordinário provido para receber a petição inicial e determinar ao Tribunal a quo o prosseguimento do feito. Trechos do julgamento: [...] Ressalte-se que, na seara penal, as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal. Na seara eleitoral, contudo, essas regras protetivas cedem espaço à atuação estatal, pois há que se avistar a natureza coletiva dos bens jurídicos tutelados pelas ações eleitorais, notadamente no caso sub examine, em que, por meio da ação de investigação judicial eleitoral, busca-se manter a igualdade da disputa eleitoral e proteger a legitimidade e normalidade das eleições. Assume relevo ímpar, nesse contexto, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, pelo menos como regra de ponderação para superação de eventuais colisões entre interesses em conflito. De um lado, o interesse da coletividade - revelado no desejo de eleições legítimas - supostamente violado pela prática de abuso do poder político decorrente da atuação do agente público, que, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros. Do outro, o direito individual do candidato eleito de exercer o mandato obtido nas urnas. Nem se argumente aqui que a incursão jurídica visa subverter a vontade do eleitor, na medida em que, uma vez comprovada

acrescentar que se aplicam ao Processo Judicial Eleitoral os mesmos dispositivos constitucionais, ensinamentos doutrinários e as mesmas críticas dirigidas ao processo penal, mormente no que tange à gestão da prova, e esta questão da verdade real, no processo em que se visa a aplicação do poder punitivo do Estado, no caso a aplicação de uma sanção com uma repercussão política e intrínseca ao exercício da cidadania e dos direitos políticos.

Para evitar que o Juiz aplique seus valores pessoais em detrimento da lei, que atue discricionariamente, é necessário que o juízo penal também careça de caráter constitutivo e tenha caráter recognitivo das normas e cognitivo dos fatos por ela regulados. O fato disposto como ilícito na lei, tido como cometido por certa pessoa, deve ser passível de comprovação ou refutação, e deve passar pelos procedimentos necessários para que se configure ou refute a tese de acusação, assim o é na seara eleitoral e penal.

O magistrado, aplicando a lei e as garantias constitucionais, de “espírito limpo” e livre de preconceitos-desarrazoados, deve ser apresentado (e não se apresentar) aos fatos, para que, a ele realize juízo de valor a constatar o seu enquadramento ou não dos tipos legais, de acordo com os elementos probatórios disponíveis e conforme os procedimentos legalmente previstos, sem ultrapassar ou extrapolar um ou outro.

Aristóteles, nas palavras de Ferrajoli (2006, p. 49), afirmou ser preciso que:

[...] leis bem-dispostas determinem por si tudo quanto seja possível, deixando aos que julgam o menos possível [...] mas é forçoso que aos juízes se lhes deixe a decisão sobre se algo ocorreu ou não e ‘se é ou não é, pois não é possível que isso o preveja o legislador.

Por conseguinte, não há como se permitir que predominem, dentro do que é chamado de Processo Judicial Eleitoral, da esfera cível-eleitoral principalmente, práticas que se baseiem no Art. 23 da Lei Complementar 64/90, dada a já falada incompatibilidade deste dispositivo com o CPC de 2015, levando-se em consideração que à acusação é obrigatório a oportunidade de apresentar as provas,

significativa mácula no processo eleitoral - abuso do poder político -, contaminado também estará o desejo manifestado [...] Assim, como decorrência do Princípio da Verdade Real, entendo que os investigados devem ser citados e as provas produzidas, ainda que o resultado seja, posteriormente, a improcedência dos pedidos. Ademais, eventualmente outras indagações poderão surgir com a apresentação de novos elementos probatórios, e, indubitavelmente, a abertura da fase de instrução pode, em muito, contribuir para esclarecer o que efetivamente ocorreu.

à defesa de apresentar contra-provas, e ao juiz de reconhecer ou refutar, com base nestas e no seu conhecimento jurídico (reconhecimento da norma), a tese da acusação.

Não há como aceitar falar-se em julgamento por presunção, isso seria aceitar que uma exceção que visa atingir um bem maior (a lisura eleitoral, a incolumidade do eleitor, a normalidade das eleições) fosse aceitável e não é assim que se faz Democracia.

Justificar a exceção com a retórica do guardião do Estado Democrático de bens maiores que a esse são pertinentes é uma contradição, pois Democracia se protege com respeito às regras, não com a violação dessas pelas autoridades responsáveis por sua supervisão, assim ensina Santis (2012, p. 22):

Giustificare l'eccezione con la retorica sulla salva-guardia dello Stato democratico è particolarmente contraddittorio, poiché, come già detto, la democrazia si tutela con il rispetto delle regole, non con la loro violazione da parte delle autorità preposte alla loro vigilanza.⁹⁹

Essa possibilidade de utilização do aludido dispositivo legal (Art. 23 da Lei de Inelegibilidades) trata-se de uma utilização irracional do processo, seja ele penal ou judicial eleitoral. Esse sistema se contrapõe ao formalista que busca uma verdade formal ou processual, alcançada (alcançável) pelo respeito às regras precisas e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como juridicamente relevantes (penal ou politicamente relevantes). Essa verdade está condicionada pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa, da ampla defesa.

Assinale-se que, quando o juiz se incumbe na busca da verdade real, é muito provável que o faça em detrimento do procedimento legal e das garantias processuais constitucionalmente impostas, como nas situações colocadas pelos julgados aqui expostos, muitas vezes, desmerecendo os direitos do acusado, pautado por um equivocado sentido de favorecimento social (*in dubio pro societate*, no penal, que pode ser traduzido no eleitoral através da redação do Art. 23 da Lei de Inelegibilidades).

As convicções voluntaristas são pautadas no sentido de que a Justiça é um bem maior, considerando como Justiça o sentimento de Justiça, a satisfação social (ou até mesmo a pessoal de quem julga) com uma sanha de Justiça, ou até mesmo

⁹⁹ Este texto confirma que justificar a exceção com a retórica sobre a tutela do Estado democrático é particularmente contraditório, já que, como já foi mencionado, a democracia é protegida com respeito às regras, não com sua violação pelas autoridades encarregadas de sua supervisão.

um entendimento pessoal, ou seja, aquilo que subjetivamente entende por Justiça o julgador, transformando o sistema acusatório em um sistema subjetivista inquisitivo, baseado em preconceitos e rotulações, muitas vezes pessoais por parte dos intérpretes julgadores, de qualidades pessoais do réu, vindo o órgão acusador, normalmente o Ministério Público, como o último ambiente público dos homens honestos, que somente acusam os que são acusáveis, que somente tentam punir aqueles que são puníveis, respeitando estritamente a sua culpabilidade.¹⁰⁰

Deixa o julgador meio que imerso no seu solipisismo, no seu subjetivismo egoísta, de se basear em inserções verificáveis ou refutáveis, para atender valores subjetivos e íntimos, que não são, assim, insuscetíveis de qualquer variação de acordo com os dados empíricos.

Mesmo que as provas nos autos do processo ou o procedimento a ser adotado¹⁰¹ digam-lhe o contrário, ou nada digam, como ele já decidiu antecipadamente a causa (pré-compreensão sobre a causa, “causo” ou fato), vai buscar elementos que satisfaçam esse sentimento egoísta, interno, intrínseco e pessoal, de Justiça, tendo como álibi, a busca da verdade real, porque a acusação não apresentou provas que suficientemente lhe deem suporte a proferir a decisão na verdade que ele próprio já escolheu, vislumbrou ou até mesmo criou em sua cabeça, antes de ter conhecimento dos fatos e dos elementos de prova, preferindo a sua verdade à própria realidade do processo ou da situação que se lhe apresenta.

A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes; jamais deve acontecer previamente a instrução processual, como bem colocam os termos da redação do Art. 156, II, do CPP, trazida pela Lei nº 11.690/08. A procura pela verdade real através desse tipo de disposição de um Magistrado, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas, que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Embora haja autonomia da vontade na esfera cível, bem como na cível-eleitoral, quando se deduz pretensões em juízo, a obediência aos ritos processuais

¹⁰⁰ Como lembra Ferrajoli (2010), neste sistema subjetivista o Juiz funciona como o terapeuta confessor, psicanalista social, desvinculado de critérios rígidos e certos de qualificação penal.

¹⁰¹ Como uma necessária extinção por defeito ou nulidade processual.

deve ser tão rigorosa quanto no processo penal, dado o fato de ambos serem direitos de ordem pública, com a finalidade nobre de pacificação social.¹⁰²

Para arrematar esse pensamento do Direito Contemporâneo, calcado na obediência à Constituição, em benefício de uma devida resposta constitucionalmente adequada, se faria mais preciso, na construção feita nesse trabalho, os pensamentos de Streck (2012), que, por meio de sua aprofundada doutrina exposta em diversos trabalhos, expõe uma crítica contundente a esta forma de conduzir o processo e a análise e produção das provas (im)postas.¹⁰³ Para Streck (2012), se trata de “um dos sintomas do persistente inverno, que não autoriza o despertar da primavera — a não ser a partir de algumas nesgas de luz — pode ser visto naquilo que a dogmática jurídica entende por “princípio da verdade real”.

É ininteligível a resistência dos juristas em abandonar dogmas que não mais cabem no ambiente jurídico contemporâneo, pós-constitucionalista e pós-positivista. Nesse sentido Streck (2012) afirma:

[...] a dogmática jurídica sustenta-se em mixagens teóricas. Minha crítica à dogmática jurídica e ao sentido comum teórico que retroalimenta esse ‘sistema’, não tem como intenção, evidentemente, produzir um ambiente castrador que acarrete algum tipo de limitação ao estabelecimento de novas teorias ou mesmo a incorporação de novos autores no diálogo. Pelo contrário, a questão que se coloca é, exatamente, a necessidade de se criar um modelo mais rigoroso de avaliação dos argumentos teóricos produzidos pelo campo jurídico para que o novo tenha realmente condições de aflorar; que não seja apenas um reformismo daquilo que já se encontra superado; e nem que se incorra em (auto)contradições – fato mais comum nessa argumentação dos juristas que perfilam as mais variadas posições filosóficas.

Essa diferença injustificada de verdade real, verdade formal, realidade e o entendimento retrógrado de que no cível prevalece essa última e no penal aquela só vem demonstrar o pensamento da maior parte da doutrina, como se vê na continuidade da explicação de Streck (2012):

A ‘verdade real’, em um modelo inquisidor do ‘juiz presidente da instrução’, tem sido utilizado como um álibi teórico para justificar tanto a busca de elementos de ‘convicção’ pelo juiz (a questão do

¹⁰² Entendamos assim, para não alongar discussão sobre a finalidade do processo, posto não ser objeto central deste estudo.

¹⁰³ A questão da gestão das provas já vem sendo, há muito tempo, criticada por Streck em diversas de suas obras.

gerenciamento da prova), quanto de argumento performático para motivar uma decisão que padece de coerência e integridade, vale dizer, de uma decisão que possui pouco – ou nenhum – fundamento jurídico. Pensemos, aqui, no ‘princípio’ (sic) da confiança no juiz da causa, pelo qual acusados são deixados, cotidianamente, na prisão do mesmo modo como outros são colocados em liberdade...’ [...] ‘Ora, esse tipo de postura tende a relativizar os direitos individuais – cerne das estruturas de garantias de um processo penal – em prol de um ‘interesse maior’, no mais das vezes difuso e opaco, que ora recebe o nome de ‘público’, ora de ‘social’, mas que, em nenhuma dessas modalidades poderia prevalecer na seara de um processo penal acusatório. Só que, o que não se pode esquecer é que o ‘socialismo processual’ se originou no século XIX, no âmbito do processo civil (desnecessário referir, aqui, as teses de Bülow, Menger e Klein).

O referido autor rebate o inquisitivismo, que tem como um de seus instrumentos a verdade real, por consequência ataca os efeitos da aplicação do Art. 23 da Lei de Inelegibilidades. É inevitável citar as colocações e expressões deste autor de forma literal, pois que insuscetíveis de aclaramentos.

De modo firme, criticando todo o nosso modelo processualista-protagonista-jurisdicional-judicial-solipsista, desmascarando o subjetivismo enraizado no imaginário dos juízes, que não leram e não leem, ignorando, por deliberação ou por ignorância mesmo, a atual hermenêutica, a viragem linguística, as normas constitucionais e o verdadeiro constitucionalismo contemporâneo, a doutrina aqui exposta,¹⁰⁴ afirmou que aquele (inquisitivismo) é o (STRECK, 2012):

[...] ‘braço processual-penal’ do protagonismo-instrumentalista originário do século XIX. Esse é, pois, o que se pode denominar de ‘vício de origem’ do processualismo brasileiro. Também pode ser considerado ‘o mito fundante’ do solipsismo no direito. Ou seja, é a velha discricionariedade sustentando o outro inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico, entendido, à evidência, como ‘positivismo pós-exegético’, que aposta na discricionariedade dos juízes, porque acaba concedendo “plenos poderes hermenêuticos aos juízes.

Assim, há algo em comum no inquisitivismo, no instrumentalismo e nas correntes caudatárias da ‘viragem’ promovida pela Wertungsjurisprudenz: a aposta no protagonismo judicial, que por sua vez é sustentado por fenômenos com nomes diferentes, mas que significam, no imaginário dos juristas, a mesma coisa: o livre

¹⁰⁴ Mas não de forma exaustiva.

convencimento e a ‘capacidade’ de buscar/alcançar a ‘verdade real’.¹⁰⁵

Não se concilia, pois, segundo a doutrina pátria e o garantismo exposto por Ferrajoli (2014), o Estado-Juiz Constitucional ao não se aceitar o processo como outra coisa que não instrumento de garantia do cidadão, existindo, assim, um desacordo, um descompasso, entre a difusão da ideia de verdade real no processo eleitoral, o processo civil contemporâneo, principalmente a partir do Código de Processo Civil de 2015, e a Hermenêutica Contemporânea.

Sendo essa entendida por o pensamento (ou movimento) jurídico-filosófico, apresentado e defendido no Brasil por Streck e outros,¹⁰⁶ cujo fundamento está na viragem linguística, pensamentos de Gadamer (STEIN; STRECK, 2000), a partir de Heidegger.

O que vem romper com a filosofia da consciência e a metódica hermenêutica, associada à compreensão de Habermas, trazida também por Streck, cuja premissa básica, pode se adiantar, seria a (re)formulação de uma Teoria da Decisão, livre de subjetivismo, em que a pré-compreensão do intérprete/aplicador não é ignorada, mas dada a sua devida importância (mínima) no processo de compreensão, buscando uma resposta correta ou Constitucionalmente adequada.

Com a hermenêutica filosófica, a compreensão deixa de ser meramente técnica (metódica), e foi isso que buscou e proporcionou Gadamer, libertar do conceito de verdade as amarras impostas pela metodologia científica e romper com o pensamento de que as Ciências Humanas e a Filosofia se apresentam de forma puramente arbitrária e subjetiv(a)ista, ou seja, rompimento com a filosofia da consciência.

Contudo, antes disso, e aqui neste trabalho já explicado, Heidegger apresenta a linguagem não como um terceiro elemento, um intermediário entre o sujeito e o objeto, mas verdadeira “condição de possibilidade de manifestação de sentido”, independente do “método” utilizado.

Há de se notar que toda essa revolução no processo de compreensão, estando o sujeito em interação com o objeto,¹⁰⁷ fazendo ele parte da história, não dá espaço para a imposição de sentido das coisas a depender de quem a vê, posto que

¹⁰⁵ Este na expressão de Streck para se opor e sobrepor ao neo-constitucionalismo no sentido adotado pela maioria da doutrina no Brasil.

¹⁰⁶ Como Carneiro e Rosa, para citar somente alguns.

¹⁰⁷ Como se dá no Círculo hermenêutico.

no compreendido está o compreender, mas possibilita a compreensão de maneira uniforme, independente de método, e de escolhas de métodos.

Por tais razões, Streck (2009, p. 363-364) apresenta a existência de uma resposta constitucionalmente adequada que pode:

[...] negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico – pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas.

A hermenêutica contemporânea, fundamentada nessas premissas é avessa ao subjetivismo, vez que condizente com uma quadra histórica que teve maior convivência com regimes democráticos e constitucionais, por isso não guarda compatibilidade com a verdade real, pois essa pode significar a arbitrariedade dentro do processo, estando, pois, por essas razões, excluída do Direito, da nova compreensão de direito, não encontrando suporte dentro da hermenêutica filosófica contemporânea, mais adequada ao direito contemporâneo.

A Justiça Eleitoral, tida por seus membros como a mais avançada que existe no Brasil, guardiã de uma competência administrativo-constitucional de promover e garantir um Processo Eleitoral, com igualdade entre os participantes, não pode aceitar o desrespeito às garantias constitucionais em nome de um “instrumento” de bases autoritárias, inquisitiva e arbitrária, que é o “princípio” da verdade real.

Em pleno Estado Democrático de Direito não se pode defender uma ordem jurídica que aceita decisões contraditórias sobre o mesmo tema, quando todo o direito pátrio está alicerçado pela mesma Constituição que emprega mais do que princípio da moralidade, o dever de fundamentação das decisões judiciais e de Justiça.

Sim, existem fatos e normas (textos normativos) e o interprete/aplicador que deve cumprir o seu papel no processo de compreensão, sem negar qualquer um de seus elementos e calcado nos limites constitucionais impostos.

A “descoberta” (apresentação) dos fatos compete ao órgão, ente ou parte de acusação, complementado pelo órgão ou ente responsável pela apresentação da defesa, e todos estes detentores de um poder/dever de cooperação para a solução

do litígio, apresentando as provas que lhes são possíveis ou consideradas suficientes apresentar.

A busca pela verdade real, com a intromissão do julgador na determinação de produção ou produção de provas rompe com o sistema constitucional do processo e é o que muitas vezes ocorre. Aqui o julgador une forças com o órgão ou ente acusador, para que seja trazido ao processo mais e mais elementos probatórios em desfavor do acusado, rompendo com fases processuais legalmente definidas, contrariando o devido processo legal e o próprio sentido de processo (marcha para a frente).

O Processo existe não para a descoberta da verdade dos fatos submetidos ao crivo do julgador, mas para a garantia de que o acusado terá o direito/poder de defesa equiparado ao do acusador, e que o órgão julgador será imparcial, observará primeiramente o respeito às garantias constitucionais, seguido da verificação de cumprimento dos procedimentos legalmente previstos, para, após a instrução do processo (calcado de elementos apresentados pelas partes, sob sua direção), proferir decisão constitucionalmente adequada.

Por essas razões, o emprego do “princípio” da verdade real no Processo Judicial Eleitoral deve ser reconhecido como ultrapassado e inadequado, pois está em descompasso com a hermenêutica contemporânea e com o Estado (Constitucional) Democrático de Direito, vitória dos dois últimos séculos, cuja defesa do indivíduo diante do gigante Estatal ainda é elemento essencial à sua existência.

A fim, então, de se erradicar a ideia da verdade real (no sentido de verdade absoluta) e por uma superação da verdade formal, urge (re)pensar a respeito do que, enfim, será a “verdade” no processo. Essa verdade no processo será cunhada pela nomenclatura verdade processual (ou judicial), que, por sua vez, não foge de algumas críticas, problemas e limites apresentados pela doutrina.

Diante de tal entendimento, a busca da verdade no processo deve ganhar uma nova perspectiva, respeitando as premissas trazidas pelo CPC de 2015. Dessa forma, não só a prova, mas todos os assuntos relacionados a ela devem necessariamente passar por uma observação e crivo publicista. Não se pode em hipótese alguma desmerecer a prova sob a argumentação de que esta é custosa; é árdua a sua perseguição no processo, pois é a partir dela que se chega a um conceito próximo de verdade, chegando, assim, a uma maior aproximação da

concretização da justiça e da paz social. Se com a prova bem gerida já é difícil concretizar esses postulados, imagine sem ela. (RODRIGUES, 2008).

Ademais, acreditar que o magistrado julgará o processo isento de subjetividades é uma questão que nada tem a ver com a assunção pelo juiz de seu real papel frente à sociedade, e, principalmente, frente à relação jurídica processual.

O caminho para construir essa “verdade” das alegações dos fatos no processo deve estar amparada nos princípios constitucionais processuais, sobretudo o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois é inegável a importância da utilização das provas na construção da “verdade” no processo, mas que necessariamente esteja em volta de uma perspectiva publicista, mais ligada aos direitos e garantias insculpidos na Constituição Federal de 1988. (RODRIGUES, 2008). Trata-se de uma visão e um entendimento totalmente conectados à essência do próprio Direito e Processo Judicial Eleitoral, pois consiste em um ramo do Direito Público.

O juiz, vale frisar, tem uma participação fundamental no processo de construção da “verdade”, devendo assumir uma posição maior na questão da produção e valoração das provas, mas sem se descuidar, obviamente, das garantias processuais e, principalmente, do princípio do contraditório no âmbito do processo.

Destarte, a verdade processual¹⁰⁸ deve ser entendida como uma verdade aproximativa, de onde se pode extrair que determinada tese é mais plausível (mais próxima da verdade possível para o conhecimento humano) e preferível a outras por seu maior “poder de explicação” (sem dar preferência a uma ou outra versão dos fatos) e maior controle (passível de prova e oposição).

Além disso, deve ser compreendida como uma verdade provável, baseada num juízo de probabilidade, particularizada com a intensa argumentação dialética entre os sujeitos cognoscentes (partes e juiz) e com a garantia do contraditório pleno em um procedimento adequado e condizente com o postulado do devido processo legal.

Assim, a compreensão do problema da verdade, dentro do Direito Processual,¹⁰⁹ como um direito à resposta correta, seguramente, se apresenta como

¹⁰⁸ O entendimento que se formará segue as críticas e bem embasadas análises feitas por Ferrajoli (2010, p. 53; 61-62), Marinoni e Arenhart (2011, p. 52), e Taruffo (2002, p. 119-120).

¹⁰⁹ [...] el derecho procesal es una rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que, por tanto, fija el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos

a possibilidade de superação de discricionariedades e arbitrariedades: problema não resolvido pela teoria positivista – e, portanto, objeto obrigatório de dissertação por parte de todo aquele que se proponha a transição para o chamado pós-Positivismo.

Esta breve passagem sobre o problema da verdade no Direito Processual e sua incidência no Processo Judicial Eleitoral nos leva a assertiva de que não há espaço para o culto a busca da verdade real, principalmente no processo judicial eleitoral, que tem como uma de suas metas agir no sentido de garantir o sistema democrático brasileiro, assim como considera-la um princípio é um equívoco técnico e científico.

Na medida em que se admite que o Estado Democrático de Direito será, então, “mais democrático e de direito, consoante os mecanismos destinados a assegurar os seus princípios basilares apresentem, pela, sua arte, um grau tão mínimo quanto possível de contaminação pelas expressões da evidência” (MARTINS, 2013, p. 2) e com isso melhorará, é necessário se reconhecer que o caminho da busca desenfreada por algo que não irá ser “refeito”, como o acontecimento que retrata o ocorrido no passado, não tem fim e pode não ter regras, de maneira que a muleta da verdade real mais nada seja do que a vontade de um intérprete em fazer valer as suas convicções pessoais e não as evidências que o processo conseguiu produzir, devendo, pois, ser superada dada a sua inadequação constitucional e a sua inclinação para produzir decisões discricionárias.

Neste sentido, discutir-se-á, no próximo item, acerca de como a discricionariedade perfaz o discurso jurídico, no Brasil, e subverte – portanto – as garantias constitucionais, fulcrais para a construção democrática, principalmente dentro da instituição jurídica chamada processo.

3.2 A Institucionalização da Discricionariedade no Processo Judicial Eleitoral Brasileiro: a desarticulação de teorias através do art. 23 da lei complementar 64 de 1990

O Art. 23 da Lei Complementar 64 de 1990 apresenta uma delicada questão positivada no ordenamento jurídico brasileiro, frente ao problema da

concretos, y que determina las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla. (ECHANDÍA, 2004, p. 41).

discricionariedade em meio ao Processo Judicial Eleitoral, sendo a fonte maior para decisões de cunho voluntaristas e desrespeitosas a algumas bases centrais da Constituição Federal.

Há de se reconhecer, principalmente para os fins aos quais se propõe essa Tese, que a discricionariedade é uma característica marcante do Positivismo Jurídico, cujas vertentes aqui já foram tratadas, fazendo-se em evidência sob um contexto em que se chegou à conclusão da descoberta da indeterminação do Direito. (STRECK, 2017, p. 53).

A discricionariedade é um lugar em que a vontade prepondera sobre a razão, fazendo com que lei e sentença judicial se distanciem de forma substancial e, até mesmo, perigosa, tendo em vista a prática de aplicação do Direito e a própria realização da Justiça.

Uma característica marcante da discricionariedade consiste em, ao se apreciar um caso, ter o juiz sempre uma espécie de *ponto vago* no paralelo entre o caso concreto e a legislação vigente. É neste espaço que o magistrado tem espaço para colocar sua vontade em prática na decisão.

Campbell (1989, p. 84) para pontuar uma das mais utilizadas explicações para a discricionariedade coloca que, em face de normas ambíguas ou vagas, “seria a vontade do intérprete uma aplicação do *menor dos males* advindos desta dicotomia normativa”. Ademais, para o referido jurista, seria a melhor saída para confrontos com normas ruins ou injustas.

Trazendo a questão para o caso brasileiro, Streck faz sua crítica a um comportamento advindo da doutrina e da jurisprudência local, que, simplesmente, acredita em uma *implementação* e *concretização* dos direitos fundamentais, mediante o ativismo judicial, em que o intérprete constrói sua decisão com base em alguns casos, de forma demasiada, em sua vontade.

A crítica ao modelo brasileiro de adoção do paradigma de discricionariedade é basicamente devido ao fato de que, em sua execução, não há distinção alguma em relação à arbitrariedade. Não se deve lesar o conceito de discricionariedade no âmbito do Direito Administrativo, já que, neste ramo jurídico, os atos são classificados como discricionários e vinculados. Porém, esta conceituação não faz referência alguma à arbitrariedade, algo que é o cerne principal à crítica da discricionariedade judicial. Ademais, Streck pontua um vício doutrinário de alguns

autores que aproximam de forma perigosa e equivocada a discricionariedade do ato administrativo à discricionariedade judicial.

O ato discricionário no âmbito do Direito Administrativo é devidamente autorizado pelo Poder Legislativo, algo que não é encontrado no caso da discricionariedade judicial. Segundo Streck (2017, p. 57):

Vale dizer, o ato discricionário é autorizado legislativamente. Ocorre que, no âmbito da interpretação judicial não nos encontramos diante da mesma situação. Aqui não há regulamentação legal a ser discutida. Pelo contrário, pressupõe que ela inexistente. Assim o juiz efetivamente criará uma regra para regulamentar o caso a ele apresentado.

Streck apoia-se em Dworkin (2002) para elaborar sua crítica à discricionariedade judicial, iniciando por pontuar os sentidos do termo, sendo *fraco*, o *forte* e o *limitado*, considerado o mais fácil de se identificar, uma vez que consiste basicamente em um poder de escolha da autoridade do intérprete frente a duas ou mais alternativas.

É algo semelhante à discricionariedade administrativa. Já a diferença entre sentido *fraco* e sentido *forte* é algo bem mais complexo, e o autor gaúcho assim considera:

A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside, segundo Dworkin. No fato de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica a incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Nesse caso, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento porque este está legitimado pela ideia de discricionariedade judicial. (STRECK 2017, p. 57).

Este ponto sobre discricionariedade forte é uma das principais críticas de Dworkin ao Positivismo Hartiano, quando este considera a possibilidade de um juízo discricionário, quando não há clareza absoluta de uma norma preestabelecida.

Ainda para Dworkin (1977), os padrões considerados usualmente utilizados pelos juízes nada mais são do que princípios, provindos de sua *consciência*, que postulará certa uniformidade de suas decisões sobre quem é detentor dos direitos contestados em lide.

Trazendo a questão da discricionariedade ao caso brasileiro, Streck coloca que a pauta significa duas coisas: primeiramente uma tentativa de superação do Positivismo advindo da Escola da Exegese; e em um segundo plano em que se perpetua o ativismo judicial: o intérprete se encontra em uma verdadeira situação jurídica de senhorio, em relação ao texto normativo, objeto da interpretação/aplicação.

Afirma-se, assim, que a discricionariedade é uma porta escancarada rumo à arbitrariedade. Segundo Streck (2017, p. 58): “[...] é justamente porque, tanto numa quanto noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle conteudístico”. Seria algo de caráter anormal o intérprete pôr o Direito.

Vale aqui colocar uma passagem de Hart, expondo seu pensamento sobre a discricionariedade:

[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido [...]. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder Legislativo [...], mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. (HART, 2009 p. 351).

Waluchow (2007, p. 245-246) observa que, sob a ótica positivista, não é um equívoco considerar a existência de respostas corretas frente a um problema concernente à moralidade, bem como é possível que se reconheça que, em determinados casos, a única saída é a elaboração de um juízo discricionário.

Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, recebe críticas de Streck por considerar que este seja a personificação da incorporação discricionária da Moral; para ele, posturas como a de Barroso fragilizam a autonomia do Direito. Esta incorporação pode deturpar textos normativos em geral e até mesmo o texto constitucional em prol de juízos de valores subjetivos, morais, econômicos e políticos, por exemplo, correspondendo à concretização da pior faceta da discricionariedade.

Ainda na crítica a Barroso, Streck (2017, p. 60) traça um paralelo entre o modo de julgamento do ministro do STF e o de apreciação do intérprete kelseniano, em que o ponto de semelhança se faz justamente na consideração de que o juiz, no

seu exercício, executa um ato de vontade; e o ponto de divergência, respectivamente, reside no fato de o juiz kelseniano não considerar valor moral algum para apreciar o que lhe chega. Entretanto, essa valoração é algo relevante de forma demasiada por parte do ministro Barroso, na visão de Streck.

Em suas considerações sobre discricionariedade, em seu *Dicionário de Hermenêutica* (2017), Streck coloca-a como uma espécie de “autorização” para que o magistrado atue como um “legislador intersticial”. Ademais reforça que a discricionariedade e o Direito não estão atrelados em um mesmo espaço, uma vez que a decisão discricionária nada mais é do que algo pautado e imposto sem embasamento em critérios jurídicos.

Após essa análise acerca da discricionariedade, volta-se ao âmbito do Direito Eleitoral, fazendo a integração de fato do Art. 23 da Lei Complementar 64 de 1990, dispositivo esse que representa a esta Tese uma verdadeira aberração constitucional e uma legitimação totalmente equivocada a respeito do reconhecimento da discricionariedade, com a possibilidade de prática de arbitrariedades no âmbito do processo judicial eleitoral.

Mesmo sendo o Poder Legislativo e os legisladores alguns dos maiores lesados com a discricionariedade judicial, foi justamente esse Poder que acabou por fornecer um dispositivo legal, no âmbito da Justiça Eleitoral (um suporte legal), para o uso indistinto do subjetivismo, que mais especificamente é o Art. 23 da Lei Complementar 64 de 1990:

O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Vale pontuar que o dispositivo supracitado é bastante semelhante ao Art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, porém, com algumas diferenças visíveis: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

É importante colocar que o legislador teve o cuidado de fazer a diferenciação na legislação eleitoral para que contrastasse pelo menos um pouco com o processo civil. Entretanto, deve-se ressaltar que o Código de Processo Civil tem aplicação

subsidiária ao processo cível eleitoral,¹¹⁰ uma vez que o referido código é norma fundamental de direito processual civil.

Deve-se pontuar que, antes do Diploma Processual de 2015, essa aplicação se dava quando houvesse uma lacuna na legislação eleitoral, e desde que a previsão da legislação processual civil tivesse compatibilidade sistêmica com o processo judicial cível eleitoral.

A partir da vigência do Código de 2015, a preocupação com a aplicação de regras do Diploma Processual Civil vigente ao Processo Judicial Eleitoral ganha novos contornos, pois a referida norma trouxe inovações paradigmáticas não só no trato com o Processo na seara Civil, mas até mesmo na ciência que cerca do Processo Civil.

Os parâmetros na sua aplicação continuaram os mesmos, mas há uma norma editada pelo TSE nesse sentido, a Resolução 23.478 de 2016,¹¹¹ onde se trouxe uma regulamentação não exaustiva e tratou de pouquíssimos institutos, além de não inovar nos parâmetros já estabelecidos para a aplicação de normas de processo civil no Processo Judicial Eleitoral;¹¹² ou seja, andou longe de emprestar a segurança jurídica que é um dos objetivos da nova norma central do processo civil brasileiro e não atendeu a demanda de incorporar ao Processo Judicial Eleitoral os novos paradigmas do processo civil que vieram à baila com o Código de Processo Civil de 2015, que caminharam para as premissas constitucionais que sempre existiram no que tange ao processo civil.

Sobre esta norma seria interessante indagar: – O que vem a ser a tal “compatibilidade sistêmica” referida? Que critérios devem ser tomados como base para que se decida pela aplicação de uma norma processual civil? Infelizmente na própria jurisprudência Eleitoral não se percebem muitas pistas dos caminhos a seguir, salvo a prevalência, na nossa visão, das regras já estabelecidas em

¹¹⁰ CPC-2015: Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

¹¹¹ Estabeleceu diretrizes gerais para a aplicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil –, no âmbito da Justiça Eleitoral.

¹¹² Art. 2º - Em razão da especialidade da matéria, as ações, os procedimentos e os recursos eleitorais permanecem regidos pelas normas específicas previstas na legislação eleitoral e nas instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

Parágrafo único. A aplicação das regras do Novo Código de Processo Civil tem caráter supletivo e subsidiário em relação aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, desde que haja compatibilidade sistêmica.

legislação própria e a referência ao princípio da celeridade processual (visando adequações das técnicas processuais ao calendário eleitoral).^{113 114}

Ocorre que não se pode interpretar essa situação de maneira tal que retire do Processo Judicial Eleitoral a aplicação das normas gerais de processo, bem como dos princípios gerais de processo, alinhados aos princípios constitucionais mais básicos, como o devido processo legal e a preservação do Estado Democrático de Direito, só para citar dois, vez que todas essas questões uma vez submetidas ao

¹¹³ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ELEITORAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ASTREINTES. NÃO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE FORMA SUPLETIVA E SISTÊMICA. NÃO CABIMENTO DE RECURSO EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NA SEARA ELEITORAL. DESPROVIMENTO. A aplicação do CPC de 2015 deve ocorrer em caráter supletivo e subsidiário em relação aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, e a interpretação deste dispositivo nesta seara deve ser feita de forma sistêmica em conformidade com outros dispositivos pertinentes à matéria (Art. 2º, parágrafo único, da Resolução TSE nº 23.478/2016). De efeito, não cabe qualquer recurso em face de decisão interlocutória proferida em sede de procedimento eleitoral, por ser irrecorrível de imediato, mas não atingida pela preclusão, a teor dos arts. 19 e 35, § 2º, da Resolução TSE nº 23.462/2015, cuja aplicação lógica se vincula ao Princípio da Especialidade, não havendo sobreposição de normas do processo comum. A compatibilidade sistêmica invocada para incidência do disposto no art. 1.015 do CPC 2015 não se encontra presente em relação ao recebimento do agravo de instrumento, porquanto expressamente vedado pelas normas citadas aplicáveis à espécie, já que, nesta Justiça Especializada, é admitido o agravo de instrumento apenas em face das decisões que negam seguimento a recurso especial ou extraordinário, conforme preceituam os arts. 279 e 282 do Código Eleitoral, além da hipótese de execução, fase na qual não se encontra o a decisão questionada. A decisão que comina as astreintes não preclui e não faz coisa julgada e, por ser um meio coerção indireta para cumprimento de julgado, pode ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente. A previsão das astreintes e sua aplicação no âmbito da Justiça Eleitoral objetiva a satisfação do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, sendo que a multa tem por escopo constranger o representado a cumprir a ordem judicial, com a finalidade de obter o resultado pretendido. A incidência de astreintes em face de não cumprimento de provimento judicial deve ser submetida às garantias do devido processo legal, em especial as do contraditório e da ampla defesa, inexistindo qualquer motivo para que se atropелеm as rotinas legalmente previstas, daí o porquê de não ser cabível a execução da multa diária com base em mera decisão interlocutória, pelo que não incide qualquer excepcionalidade apta a autorizar o recebimento do agravo de instrumento manejado. (TRE-MS - RE: 25727 CAMPO GRANDE - MS, Relator: JOSÉ EDUARDO NEDER MENEGHELLI, Data de Julgamento: 15/05/2017, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eleitoral, Tomo 1738, Data 23/05/2017, p. 7-8).

¹¹⁴ EMENTA - RECURSO ELEITORAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRAZO. INCOMPATIBILIDADE DO PRAZO PREVISTO NO CPC, ART. 1070, NO PROCESSO ELEITORAL. INADEQUAÇÃO SISTÊMICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO DA RES. 23.478/2016 DO TSE. PREVALÊNCIA DO PRAZO PREVISTO NO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL. PRECEDENTE DO TSE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. 1. Conforme regulamentação feita pelo C. Tribunal Superior Eleitoral sobre a aplicabilidade do Código de Processo Civil de 2015 à jurisdição eleitoral, constante na Res. 23.478/16, a aplicação das regras do novo CPC depende de compatibilidade sistêmica com as regras e princípios do processo eleitoral. 2. A exiguidade dos prazos recursais na Justiça Eleitoral revela a impossibilidade de adoção do prazo de 15 (quinze) dias para o manejo de Agravo Interno previsto no Código de Processo Civil, devendo prevalecer o prazo previsto no Regimento Interno deste Tribunal. Precedentes do TSE. 3. Recurso protocolado após o prazo legal não admite conhecimento. 4. Agravo Regimental não conhecido. (TRE-PR - RE: 33380 ENGENHEIRO BELTRÃO - PR, Relator: PEDRO LUÍS SANSON CORAT, Data de Julgamento: 20/06/2017, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 27/06/2017).

Roteiro Hermenêutico proposto por este trabalho encontrarão respostas mais adequadas a Constituição.

Essa discussão se faz importante também pelas incompatibilidades estruturais encontradas entre o novo Diploma Processual Civil e, de maneira destacada, a Lei Complementar 64 de 1990 (também chamada de *Lei das Inelegibilidades*), pois essa norma tem em seu texto original uma completa afinidade rumo à livre convicção do intérprete, apoiando a decisão baseada em presunções, por fatos não alegados pelas partes, por um suposto interesse público e na lisura do processo eleitoral.

Com este dispositivo, fatos e provas não mencionados nos autos podem fundamentar decisões, pela simples condição de serem públicos, porém a nova norma processual civil extirpou de seu texto a referida livre convicção do Magistrado ao julgar, privilegiou a fundamentação da decisão judicial que já era presente no texto Constitucional de 1988.

Fazendo um corte preciso dos termos empregados neste dispositivo da legislação eleitoral, são encontradas algumas construções de significados bastante vagos. Um *prato cheio* para a discricionariedade: “interesse público e lisura eleitoral”; “fatos públicos e notórios”; “indícios e presunções”. Tais termos citados não são dotados de objetividade. Não podem ser encontrados com exatidão e podem cercear as partes do devido processo legal, como tivemos a oportunidade de discorrer no item anterior, quando ficou exposto o que acontece quando se utiliza a verdade real como primado.

Mesmo com toda esta carga de subjetividade, ameaçando o Estado Democrático de Direito, o Supremo Tribunal Federal teve a chance de discutir com maior profundidade a constitucionalidade do referido dispositivo. Porém, sem a participação enérgica de nenhum membro da Corte, em um julgamento que não durou nada mais do que alguns minutos, declarou-se a constitucionalidade do Art. 23 da Lei Complementar 64 de 1990. Assim foi a conclusão dos ministros da Suprema Corte:

A investigação judicial eleitoral e o conhecimento de fatos notórios pelo magistrado, bem como de fatos constantes do processo, ainda que não tenham sido articulados como causa de pedir por qualquer das partes, não afronta o princípio do devido processo legal [...] e no Art. 23 (‘O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova

produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral'), ambos da LC 64/90. A Corte lembrou que o CPC/1939, em seu Art. 118, já facultava aos magistrados considerar os fatos e circunstâncias constantes no processo, ainda que não alegados pelas partes. Destacou que o CPC/1973 conferiu maiores poderes ao juiz na condução e instrução do processo. Asseverou que as normas processuais eleitorais questionadas direcionam direitos e interesses indisponíveis, de ordem pública. Apontou que, tendo em conta a existência da relação direta entre o exercício da atividade probatória e a qualidade da tutela jurisdicional, a finalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado seria a possibilitar a elucidação de fatos imprescindíveis para a formação da convicção necessária ao julgamento do mérito.¹¹⁵

O fato de não terem acontecido grandes discussões na oportunidade deste julgamento é lamentável, pois se trata de um dispositivo que confere um grau lesivo ao Estado Democrático de Direito; é importante ressaltar que este processo tramitava há mais de vinte anos na Corte Suprema brasileira e, mesmo assim, fora tratado de forma avaliada como negligente (tendo em vista que se trata, sobretudo, de um importante dispositivo da legislação processual eleitoral). Frente ao exposto, o caso merecia uma adequação hermenêutica respeitosa à Constituição Federal, e isso não foi feito pelo STF naquela oportunidade.

O relator do caso, o Ministro Marco Aurélio, defendeu a posição de constitucionalidade do dispositivo, expondo que o artigo não ofende o princípio do devido processo legal (princípio do dispositivo), e que imparcialidade não se confunde com *indiferença*; ainda que não tenha aprofundado qual seu entendimento acerca de *indiferença* (pelo menos não na discussão do julgamento em questão).

Todos os ministros votantes concordaram com o relator. A postura da mais alta Corte denota uma forte tendência de protagonismo da subjetividade, estendida pelo órgão de cúpula desse poder para todo o Judiciário. Ademais, ressalta-se a falta de importância delegada para um processo que ficou entre gavetas por mais de duas décadas.

O exemplo dado pela Suprema Corte, neste caso, não é condizente à relevância das normas eleitorais no sistema constitucional, pois tratam da legitimação do exercício do Poder Político (SALGADO, 2015); uma ADI que versava

¹¹⁵ Trata-se do julgamento da ADI nº 1082/DF, de relatoria do ocorrido no dia 22 de maio de 2014. (STF, 2014)..

sobre vários dispositivos da Lei de Inelegibilidades merecia melhor enfrentamento e atenção por parte da Corte.

Para o julgamento deste tipo de norma, entendemos que seria merecido, por parte do Judiciário, o mesmo tratamento que a doutrina entende como razoável para o Legislativo, quando trata da sua produção legislativa:

Exige-se, para sua imposição, ampla discussão parlamentar, com caráter fortemente deliberativo e com participação das minorias. A legitimidade para a restrição de direitos – direitos políticos, como a elegibilidade, ou liberdades, como a liberdade de expressão – está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. (SALGADO, 2015, p. 251).

O parco debate nesta ADI reflete, em algum grau, a presença de poucas vozes críticas sobre a má influência que o aludido dispositivo legal, Art. 23,¹¹⁶ tem a capacidade de produzir, sendo considerado um “um jabuti posto na legislação eleitoral” (STRECK; COSTA, 2017) que confere espaço a figura de um juiz inquisidor. Qual a razão de isso poder acontecer somente na esfera eleitoral?

Nada razoável, pelo menos aparentemente, explica essa situação, que, afirmamos, é capaz de desarticular várias construções teóricas que tenham a mínima preocupação com a Constituição Federal. Trata-se de um mandamento legal que tem a capacidade de destruir o Devido Processo Legal, o princípio da não surpresa, do Dispositivo, a necessária fundamentação legal de uma decisão judicial; enfim, é um artigo de lei que não rima com um processo judicial democrático e

¹¹⁶ Além de Lenio Streck (2017), destaca-se: SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNARDELLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo Código de Processo Civil. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 335-358; NOGUEIRA, Alexandre de Castro. O uso inadequado da interpretação da Lei de Inelegibilidades na Justiça Eleitoral: críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3130/Alexandre+de+Castro+Nogueira.pdf;jsessionid=7DE0D36F4AEADD661FD38773A366D81F?sequence=1>; FARIA, Fernando de Castro, Novo CPC permite reeleitura sobre dispositivo da Lei de Inelegibilidade. Consultor Jurídico, 4. Set. 2016. Disponível em: < <https://2016acontece.wordpress.com/2016/09/04/novo-cpc-permite-releitura-sobre-dispositivo-da-lei-de-inelegibilidade/>; PELEJA JUNIOR, Antonio Velloso. Dinamização do ônus da Prova no Direito Eleitoral. In: AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando; TAVARES André Ramos (Org.). O Direito Eleitoral e o Novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte. Fórum: 2016 e ANDRADE NETO, João. O art. 23 da LC 64/90 em face do dever de fundamentação no Direito Eleitoral. In: FUX, Luiz, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Processual Eleitoral. Belo Horizonte; Fórum, 2018. p. 393-416. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 6).

adequado às premissas contemporâneas do processo civil brasileiro, principalmente as introduzidas pelo Código de 2015.

A declaração de constitucionalidade do mencionado artigo, simplesmente, rejeita a finalidade do processo e a imparcialidade do juiz, ignorando a impossibilidade constitucional do julgamento por presunções, trata-se de um erro da Suprema Corte. E nisso se consubstancia o destaque que se dá às poucas vozes que se insurgem a respeito do aludido dispositivo, considerando a anuência do Judiciário quando teve a possibilidade de encerrar esta questão (e assim não o fez).

A tentativa de se impor a aplicação do Código de Processo Civil de 2015, em parte, é algo perigoso e que não atenta à principal compatibilidade que deve haver ao se dispor sobre aplicação de um texto legal, que é a constitucional.

Sobre o tema, trazendo contribuição interessante, vale o entendimento de Streck e Costa (2017):

Portanto, das duas uma: ou se aplica o CPC como forma de trazer garantias efetivas aos contendores no processo eleitoral (com respeito pleno aos ditames constitucionais), ou não se aplica. *Tertium non datur*. Mas, neste caso, também não se pode aplicar “as partes boas”, por assim dizer, como o poder de o relator (artigo 932) resolver monocraticamente os recursos. Ou a aplicação é em um todo coerente e íntegro (CPC, artigo 926), ou não se poderá fazê-lo *ad hoc*.

Atenção: não parece paradoxal que, para a discussão acerca de uma nota promissória ou uma cláusula de um contrato de *leasing* se tenha a garantia da não surpresa, com o reforço dos artigos 371, 489, 926 e 927, e, ao mesmo tempo, mantenhamos o poder de julgamento por livre apreciação de prova e por presunções justamente na atividade mais importantes de uma democracia: uma eleição? Para dirimir um problema de divisão de um terreno, todas as garantias de contraditório etc.; já *para o processo eleitoral, a possibilidade de a parte ser surpreendida e até mesmo de o juiz julgar por coisas que só ele percebeu, a partir da sua intuição ou algo correlato...* Afinal, o que é uma presunção? Como aferir isso? Se o poder emana do povo, não tem de se dar mais valor ao voto popular do que às presunções pessoais?

Nesse sentido, o Art. 5º da Constituição Federal elenca seu rol de direitos e garantias individuais, passagens sobre o processo, judicial e administrativo, com destaque para o devido processo legal (inciso LIV), e seus respectivos derivados, ampla defesa e contraditório (inciso LV), não há como se transigir em relação a esses Direitos.

O Estado não pode intervir nas relações jurídicas e nem nos direitos de seus jurisdicionados sem o respeito como garantia irrevogável do cidadão ao devido processo legal efetivo. Ressalte-se que este é um dos principais pilares do processo. Sendo assim, em face de um sistema acusatório, com fortes premissas constitucionais, é irracional aceitar um juiz produtor de provas, seja na figura de Juiz acusador ou Juiz defensor; figura esta que ignora fatos colocados nos autos do processo e também valoriza, na sua apreciação, convicções extraprocessuais e conscienciais, tal qual está disposto no artigo 23 da Lei de Inelegibilidades.

Necessário, pois, que as mudanças paradigmáticas da ciência processual civil, fixadas a partir da Lei Processual Civil de 2015, sejam observadas pela Justiça Eleitoral no âmbito do processo judicial que é desenvolvido em suas instâncias, sempre respeitando os limites impostos pela legislação específica e pela Constituição Federal.

3.3 Novos Paradigmas do Direito Processual Civil e a sua

Aplicabilidade ao Processo Judicial Eleitoral: do necessário afastamento da aplicação do art. 23 da lei complementar 64 de 1990

Tomando a premissa, aqui já destacada, de que o Código de Processo Civil de 2015 é a norma fundamental da ciência do processo civil, não seria estranho lançar a afirmação de que esta seria aplicada subsidiariamente ao processo judicial eleitoral; em verdade, nenhuma lei precisaria dizer isso, a observação das normas do sistema jurídico válidas já seria suficiente para sua aplicação, como é comum se encontrar na jurisprudência.¹¹⁷

¹¹⁷ REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. RITO DO ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS ARTS. 435, 438 E 493 DO CPC AO PROCESSO ELEITORAL. DOCUMENTOS QUE SE REFEREM A FATOS QUE PODEM INFLUIR NO JULGAMENTO DE MÉRITO. ACOLHIMENTO E JUNTADA AOS AUTOS DO PROCESSO. PEDIDO DEFERIDO. 1. Nos termos do art. 435 do CPC, é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. 2. Versando os documentos novos sobre fato que, aparentemente, é modificativo do pedido e influi, de qualquer sorte, no julgamento do mérito, o órgão julgador não poderá deixá-lo de considerar no momento de proferir a decisão de mérito. 3. Pedido deferido, para que sejam admitidos e apreciados, quando do julgamento de mérito, os documentos novos colacionados nos autos. (TRE-PI - RP: 2314 TERESINA - PI, Relator: GERALDO MAGELA E SILVA MENESES, Data de Julgamento: 03/07/2017, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça

Dessa forma, as novidades da legislação processual civil, os novos paradigmas definidos a partir de 2015 (os que têm condições de aplicação dentro do sistema processual eleitoral e não tenham dispositivo legal eleitoral específico compatível com a Constituição em contrário) têm totais condições de serem considerados e atestarem haver claras incompatibilidades estruturais (do ponto de vista do sistema em que estão inseridos) entre alguns dispositivos da legislação que diz respeito ao processo judicial eleitoral e os primados básicos do processo civil estabelecidos pelo Diploma de base do Direito Processual Civil, como é o caso do citado Art. 23 da Lei Complementar 64 de 1990.

Reitera-se, que, uma vez feito esse exercício, fica evidente não haver possibilidade de aplicação deste último dispositivo, por exemplo, pois além de esta norma provocar outros embates com normas já citadas aqui,¹¹⁸ deve ser destacado que o Art. 331 do CPC/2015¹¹⁹ é inteiramente aplicável ao processo judicial eleitoral

Eletrônico, Tomo 123, Data 11/07/2017, p. 12). AGRADO REGIMENTAL. RECURSO ELEITORAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ASTREINTES. NÃO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE FORMA SUPLETIVA E SISTÊMICA. NÃO CABIMENTO DE RECURSO EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NA SEARA ELEITORAL. DESPROVIMENTO. A aplicação do CPC de 2015 deve ocorrer em caráter supletivo e subsidiário em relação aos feitos que tramitam na Justiça Eleitoral, e a interpretação deste dispositivo nesta seara deve ser feita de forma sistêmica em conformidade com outros dispositivos pertinentes à matéria (art. 2º, parágrafo único, da Resolução TSE nº 23.478/2016). De efeito, não cabe qualquer recurso em face de decisão interlocutória proferida em sede de procedimento eleitoral, por ser irrecorrível de imediato, mas não atingida pela preclusão, a teor dos arts. 19 e 35, § 2º, da Resolução TSE nº 23.462/2015, cuja aplicação lógica se vincula ao Princípio da Especialidade, não havendo sobreposição de normas do processo comum. A compatibilidade sistêmica invocada para incidência do disposto no Art. 1.015 do CPC 2015 não se encontra presente em relação ao recebimento do agravo de instrumento, porquanto expressamente vedado pelas normas citadas aplicáveis à espécie, já que, nesta Justiça Especializada, é admitido o agravo de instrumento apenas em face das decisões que negam seguimento a recurso especial ou extraordinário, conforme preceituam os arts. 279 e 282 do Código Eleitoral, além da hipótese de execução, fase na qual não se encontra a decisão questionada. A decisão que comina as astreintes não preclui e não faz coisa julgada e, por ser um meio coerção indireta para cumprimento de julgado, pode ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente. A previsão das astreintes e sua aplicação no âmbito da Justiça Eleitoral objetiva a satisfação do Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo que a multa tem por escopo constranger o representado a cumprir a ordem judicial, com a finalidade de obter o resultado pretendido. A incidência de astreintes em face de não cumprimento de provimento judicial deve ser submetida às garantias do devido processo legal, em especial as do contraditório e da ampla defesa, inexistindo qualquer motivo para que se atropellem as rotinas legalmente previstas, daí o porquê de não ser cabível a execução da multa diária com base em mera decisão interlocutória, pelo que não incide qualquer excepcionalidade apta a autorizar o recebimento do agravo de instrumento manejado. (TRE-MS - RE: 25727 CAMPO GRANDE - MS, Relator: JOSÉ EDUARDO NEDER MENEGHELLI, Data de Julgamento: 15/05/2017, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eleitoral, Tomo 1738, Data 23/05/2017, p. 7-8).

¹¹⁸ Arts. 371, 489, 926, 927 e 932 do CPC de 2015.

¹¹⁹ Art. 331. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de cinco dias, para retratar-se. § 1º Se não houver retratação, o juiz mandará citar o réu para responder ao recurso. § 2º Sendo a sentença reformada pelo tribunal, o prazo para a contestação começará a

e suprime a chance de inquisitivamente um juiz atentar “a atos e circunstâncias constantes dos autos não indicados ou alegados pelas partes”. Até em respeito ao dispositivo de uma petição e a restrição da análise tão somente dos fatos colocados em inicial, vez que são esses os limites da atuação jurisdicional, sem que magistrado algum possa aumentar.

Vem acontecendo na prática que partes vêm pedindo a aplicação desse dispositivo com interpretações que sempre têm relação com o binômio discricionariedade x arbitrariedade, pois a indeterminação do que venha a ser a formação de uma “convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções” leva a infinitas possibilidades, porém jamais pode afastar o julgador de se valer de provas concretas para retirar um mandato eletivo; felizmente se encontram na jurisprudência exemplos disso.¹²⁰ Em outras palavras, na forma em que esse dispositivo legal se encontra, a sua aplicabilidade não encontra guarida com o sistema jurídico brasileiro.

Vale ressaltar, repetidamente, que o inciso IX do Art. 93 da Constituição Federal exige a fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, desde 1988, e essa fundamentação não precisa ser somente a legal, mas em provas contundentes que sejam produzidas nos autos e que justifiquem a aplicação de dispositivos que retirem mandatos eletivos por meio do voto popular. Este dispositivo da Magna Carta também é dilacerado com o texto do já referido Art. 23, principalmente no seguinte disposto: “atentando para circunstâncias ou fatos, ainda

correr da intimação do retorno dos autos, observado o disposto no Art. 334. § 3º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

¹²⁰ ELEIÇÕES 2014. REPRESENTAÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE RECURSOS DE CAMPANHA. ART. 30-A DA LEI 9.504/97. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE. PRELIMINAR 1. Não é inepta a inicial que não contém nenhum dos vícios apontados no art. 295, parágrafo único do CPC. 2. Preliminar rejeitada. MÉRITO 1. A simples dúvida quanto a origem de recursos arrecadados na campanha não pode servir de respaldo para a aplicação das penas do art. 30-A da Lei nº 9.504/97. 2. A gravosa pena de cassação do diploma do candidato não pode ser lastreada em meras suposições da existência de eventuais irregularidades na origem dos recursos, sem a apresentação de provas robustas e incontroversas de existência da ilicitude na arrecadação e gasto destes recursos. 3. O saque de vultosa quantia, em espécie, por candidato em plena campanha eleitoral, por si só, não serve de respaldo para a comprovação da captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, sem que haja provas cabais de que estes valores tenham sido utilizados para algum ato de corrupção eleitoral. 4. O Art. 23 da Lei Complementar 64/90 autoriza a formação de convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções. Não há, no dispositivo legal, a autorização para que o julgador, motivado apenas por conjecturas, venha a cassar o diploma de candidatos sem respaldo em provas concretas. 5. Representação impropriedade. (TRE-TO - RP: 2010 TO, Relator: HENRIQUE PEREIRA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 31/07/2015, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 137, Data 04/08/2015, p. 8).

que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”. Isto sem falar na ofensa ao devido processo legal.

O dever de fundamentar as decisões é um corolário inerente ao Estado Democrático de Direito, e se configura como bem mais que uma obrigação do Estado-juiz. É um direito fundamental do cidadão e a Justiça e o Direito passam intimamente pela tentativa de superação da discricionariedade, sendo que, no contexto do Código de Processo Civil de 2015, a partir do seu Art. 489, esse Direito vira dever para quem produz as decisões judiciais, podendo tal dispositivo também ser tomado como um dos novos paradigmas do processo civil que deve ser aplicado ao Processo Judicial Eleitoral (embora desde 1988 já houvesse disposição constitucional tratando do tema, a prática forense demonstrou que não era algo tratado como insuperável pelos responsáveis pelas decisões judiciais), não podendo, então, o processo judicial eleitoral se desenvolver sem absorver esse paradigma.

Sobre isso, Streck (2013, p. 117) afirma:

[...] O Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque está vinculado à Constituição. Sendo bom esclarecer que, a discricionariedade aqui, quer dizer que o legislador não pode fazer o que quer. Há uma legitimidade política do legislador que lhe permite, no ‘espaço estrutural-constitucional’ fazer opções.

Podemos concluir, com o exposto, que o processo tem como objetivo o acesso à Justiça ou a viabilização da própria realização da Justiça por meio do Poder Judiciário, mas principalmente garantir o direito à defesa, sem possibilitar ao Judiciário o arbítrio de fazer tábula rasa de tais preceitos para aplicar um dispositivo manifestamente incompatível com a legislação processual civil.

O disposto na Constituição exige a imparcialidade do juiz. O texto constitucional impõe um juízo acusatório e não inquisitório. E, frente a isto, torna-se inegável que o Art. 23 da Lei Complementar 64 de 1990 seja inconstitucional. Streck (2014) também conclui sobre a inconstitucionalidade deste dispositivo, e assim coloca:

[...] além de inconstitucional, o dispositivo é contraditório e paradoxal. Para preservar o interesse público e a lisura, devemos exigir que qualquer anulação de eleição (ou algo do gênero) deve estar calcada em provas firmes. Robustas. Consistentes [...] a democracia não

coaduna com este grau de subjetivismo, subjetividades e/ou epítetos ‘tipo-ponderação’ ou qualquer coisa similar.

Até porque, quando um Juiz sai de sua postura imparcial, passiva na produção de provas, e vai em busca de elementos extraprocessuais, ou simplesmente se faz valer de *circunstâncias ou fatos, ainda que não alegados pelas partes*, o devido processo legal é quebrado e há uma grave ofensa à obrigação de fundamentação das decisões judiciais.

Streck (2014) também direciona críticas ao juízo por presunções, possibilitado pelo Art. 23 em referência, explicando que tal método para decidir “retira a apreciação das irregularidades (*lato sensu*) ocorridas nos pleitos eleitorais a partir de critérios objetivos e entrega-os à livre apreciação de outro poder”.

E quanto mais há uma aposta na subjetividade (por exemplo, em presunções), mais aumenta o grau de insegurança jurídica, tornando o Direito e o Processo Judicial Eleitoral algo que não tem a previsibilidade necessária para que o sistema jurídico eleitoral exista de maneira equilibrada e servindo aos princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

Curvando-se ao Art. 23, o juiz deixa de ser imparcial, e passa a figurar como uma *testemunha* dos fatos notórios, trazendo-os para dentro do processo. É uma produção de prova, além do mais, totalmente incoerente ou ilegal; é desprovida de contraditório, uma vez que os supostos *fatos notórios* apenas virão à tona em uma futura decisão sem prévio conhecimento das partes e já servindo como fundamentação da tal decisão.

Streck (2014),¹²¹ mostrando grande insatisfação com esta legitimação do intérprete responsável pela decisão judicial como testemunha, trouxe exemplos:

Cumprindo ressaltar a dicção do Art. 23 da Lei Complementar nº 64/1990, que autoriza o julgador a formar sua convicção ‘pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida [...]’. Em sintonia com este comando legal, saliento que esta julgadora estava diuturnamente presente na Comarca e, acompanhou de perto todo o pleito eleitoral de 2012, presenciando a dificuldade dos investigadores, para comprovar os ilícitos praticados pelos investigados.

¹²¹ Como publicado dia 10 de junho de 2014 na revista eletrônica **Conjur** cujo título é: “Não havia provas, mas a juíza disse: Testemunhei os fatos! E cassou o réu!”. (STRECK, 2014).

A título de exemplo, respaldada pelo Art. 23, uma juíza proferiu sua decisão. Baseada em suas convicções e opiniões pessoais, fundamentou esta decisão através de suas experiências, ignorando os atos processuais incluídos nos autos (que sugeriam algo diverso da decisão proferida). Denota-se que a magistrada apenas considerou sua opinião, ignorando que ‘não importa se ficou ou não provada a culpa do réu; o que importa é que “eu-sei-que-ele-é-culpado”’. (STRECK, 2014).

O Constitucionalismo Contemporâneo, fundamentado em bases doutrinárias alinhadas à Crítica Hermenêutica do Direito e que baseiam uma Teoria da Decisão Judicial, não reconhece tais premissas que esse dispositivo eleitoral se baseia, ainda que sejam providas de uma anuência legislativa em conceder tais poderes ao intérprete. Afinal, os poderes constituídos são estabelecidos por uma norma maior que é o texto constitucional.

A história da Hermenêutica revela uma superação de modelos ao longo do tempo, destacando a do Positivismo exegético, do fatiamento da interpretação, defendido por Schleiermacher (2010) e da discricionariedade pelos positivistas ditos modernos, como Hart (1980 e 2009), como aqui já se explicou anteriormente.

Em um panorama atual, é possível superar a doutrina do Neoconstitucionalismo, a ponderação de valores e as teorias argumentativas, que são adotadas de maneira equivocada nos tribunais brasileiros, conforme lições de Streck (2013), deixando para trás as premissas desse tipo de norma legal que confere amplo espaço de desvinculação normativa (por mais contraditório que isso possa parecer) ao juiz.

Vale destacar que a postura defendida por esta Tese visa superar as de viés voluntarista a partir da construção de uma Teoria da Decisão que absorve os novos paradigmas do processo civil e tem sua elaboração partindo de uma sobreposição entre Filosofia e Direito. A Crítica Hermenêutica do Direito se desenvolve sobre os pressupostos da Filosofia Hermenêutica (de Heidegger) e da Hermenêutica filosófica (Gadamer). Não constitui apropriação jurídica dos elementos filosóficos a relação entre estes dois campos do saber.

A Filosofia (no interior daquilo que pode ser compreendido como uma *leitura hermenêutica* do Direito) é um vetor de racionalidade, não um instrumento à disposição do jurista. A busca de Streck com a Crítica Hermenêutica do Direito é adicionar ao conhecimento jurídico o caráter reflexivo da Filosofia, bem como perceber que a Ciência Jurídica não pode se conceber alheia aos acontecimentos

filosóficos. Devido a isto, se conjugam elementos estruturantes da Filosofia com os que são próprios da Teoria do Direito, não podendo os novos paradigmas, com ampla fundamentação filosófica e constitucional, ficar de fora dessa abordagem.

Frente ao colocado neste item, não pode a doutrina se acomodar, portanto, com dispositivos legais desta natureza, para que se proliferem mais leis, artigos, incisos, alíneas, entre outros, que deturpem, dessa mesma forma, a segurança jurídica, e deixem a bel prazer do intérprete as decisões judiciais.

Chega a ser espantoso que o Art. 23 da Lei de Inelegibilidades, mesmo após duas décadas engavetado, tenha tido sua constitucionalidade ratificada pelo Supremo Tribunal Federal em 2014, colocando o juiz em um patamar de produtor de provas como autor e réu, e deixando margem para o seguinte questionamento: – Para quem o juiz irá atuar?

Convém destacar que, em sede de processo eleitoral, o Ministério Público, em face de feito em que é parte, não deixa de ser fiscal da Lei, para opinar pela improcedência de uma ação por falta de elementos probatórios. Já tratamos deste tema aqui anteriormente, mas não custa frisar novamente. A busca por fatos e provas é tarefa das partes, exigindo certa simpatia por uma dada tese, seja ela de defesa ou acusação. Além disso, o juiz não é onisciente para saber de tudo e fazer com que todos os fatos lhe sejam *notórios*. Não é razoável nem factível que um intérprete faça uma produção de provas e, ainda assim, se mantenha de forma imparcial ao apreciá-las.

E também não é digna de plena idoneidade a consideração de que esta produção de provas tenha sido executada de forma equilibrada, beneficiando proporcionalmente ambas as partes. Resta concluir que a prática admitida pelo Art. 23 da Lei Complementar 64 de 1990 está em total descompasso com o texto constitucional e com a busca de justiça ao Processo Judicial Eleitoral.

No entanto, embora esse artigo trate da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, disciplinado pelo Art. 22 da mesma Lei, outro artigo desta mesma norma legal trouxe regra de interpretação referente aos meios de prova e à forma de apreciação do magistrado, que deve ser observada nas ações de impugnação de registro de candidatura (outro tipo de ação), previsto no parágrafo único do Art. 7º da Lei de Inelegibilidades, que trazia uma redação idêntica ao Art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, como já citado aqui anteriormente:

O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

A diferença entre o dispositivo apontado e o Art. 23 da LC nº64/90 é que, apesar de dar uma perigosa margem ao livre convencimento, limita a apreciação às provas contidas nos autos, produzidas pelas partes; ou seja, a mesma Lei traz tratamentos diferentes para tipos de processos (Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, AIRC, e Ação de Investigação Judicial Eleitoral, AIJE).

Poder-se-ia depreender daí que, na Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, que é um procedimento mais rápido, pelo fato de se tratar da resolução do pedido do registro de uma candidatura, prazos mais curtos, produção de prova mais limitada (vez que na maioria das vezes o problema se resume a discussão de prova documental), não se pode inovar na matéria em que o juiz irá se manifestar, porém em se tratando de Ação de Investigação Judicial Eleitoral, tipo de processo mais amplo que visa cassar o registro ou o diploma, podendo representar perda de mandato, a *liberdade* do julgador seria maior.

Ao trazer esse contexto e pensando em como encará-lo à luz dos novos paradigmas do processo civil, tem-se que a Teoria da Decisão (STRECK, 2011), construída a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, possui, dentre seus princípios maiores, o *efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito*, inadmitindo contradições lógico-jurídicas dentro do ordenamento, não havendo espaços para aplicações das incoerências de uma mesma Lei.

Ademais, Streck (2013) aponta que uma das seis hipóteses para que o juiz não aplique uma lei é a ocorrência de antinomia normativa. Devemos considerar que o legislador de 1973, em meio a uma ditadura militar, usou este dispositivo normativo com um pensamento inquisitivo próprio àquele período, uma vez que o ano em questão da entrada em vigência do antigo CPC foi o auge da chamada *linha-dura* à época da ditadura.

Contudo, tanto o parágrafo único do Art. 7º quanto o próprio Art. 23 da Lei Complementar 64 de 1990 já foram elaborados sob a égide do novo texto constitucional; ou seja, o contexto político social sob o qual estas normas foram concebidas eram diferentes daquele do Art. 131 do CPC/73 (não exonerando o fato de que este dispositivo normativo não deveria ter sido recepcionado pelo atual texto

constitucional, algo que não houve, deixando o Art. 131 em plena atividade até a entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015).

Assim, destaca-se outro problema a respeito do citado Art. 23: a sua incompatibilidade com o parágrafo único do Art. 7º da mesma lei. Além de denotar um despreparo do legislador e a falta de meios capazes para harmonizar o macrossistema judicial eleitoral, a Lei Complementar 64 de 1990 escancara a ausência de parâmetros de cunho hermenêutico-filosófico dos julgadores e daqueles que também produziram a norma.

Convém enfatizar que o STF julgou pela constitucionalidade do Art. 23 já mencionado, mas deixou essa discussão em aberto: uma vez que o supracitado dispositivo respeita o texto constitucional, segundo a Suprema Corte do País. – O que deve ser considerado em relação ao Art. 7º da mesma lei? Esta antinomia está aberta e sem resposta definitiva ainda em nosso ordenamento jurídico.

Quanto ao livre convencimento, repete-se, o parágrafo único do Art. 7º copia integralmente o Art. 131 do CPC/1973, conforme mencionado anteriormente. Este dispositivo, no corrente parágrafo da LC 64/90, está em total desconformidade com o *caput* do Art. 1º e com o inciso IX do Art. 93 da Constituição Federal, merecendo nulidade parcial com uma redução de texto, retirando justamente a expressão *livre convencimento* (até pelo fato de essa expressão não mais ter presença no atual Código de Processo Civil de 2015), ou simplesmente ganhando uma nova interpretação conforme a Constituição.

Com a nova interpretação do Art. 7º, compatível com a redação do CPC de 2015, este sim teria uma resposta constitucionalmente adequada em sua interpretação, deixando o Art. 23 totalmente em desconformidade com o texto constitucional, uma vez que o juiz é limitado, sim, às circunstâncias e às provas apenas que estão elencadas nos autos do processo, após serem submetidas ao crivo do contraditório, como base no Estado Democrático de Direito e o dever de fundamentação das decisões. Encerra, assim, um juízo acusatório e não inquisitório, trazendo uma *trava* hermenêutica, impedindo que o intérprete leve para sua apreciação convicções pessoais para o ato decisório ou simplesmente julgue por presunções.

Ainda sobre discricionariedade, é inaceitável que existam dispositivos que se alinhem a tal prática. Isto denota um imenso descompasso do Direito com a

Filosofia. Para Streck (2017), o livre convencimento e a decisão jurídica como um ato de escolha são formas de se externar a discricionariedade:

Discricionariedade e a Democracia não se coadunam, enquanto uma centra-se numa figura (quase que plenipotenciária) como o centro da decisão, a outra se projeta num constructo intersubjetivo que vincula as decisões particularizadas. (STRECK, 2017).

A dificuldade de discussão acerca da discricionariedade reside em posições equivocadas acerca do Positivismo Jurídico. O autor desenvolve seu raciocínio expondo que, supostamente, em sede de juspositivismo, não havia o juízo discricional, e seu advento traria a falsa impressão de busca pelo justo quando o intérprete estivesse à frente de um caso concreto. A ideia de Streck (2017) é defender que sempre houve a discricionariedade no âmbito juspositivista, desde seu início até a contemporaneidade.

O jurista, ao citar Hobbes (1997), defende que a discricionariedade sempre existiu neste plano. Para o contratualista inglês, o Direito era o resultado da vontade do soberano, e esta, a vontade, não estaria ligada a qualquer *ontologia e/ou valores*, exceto os do próprio soberano. Voltando ainda mais na História, dentre os sofistas já existia discricionariedade quando havia uma supressão entre palavras e coisas. É neste contexto que se dá a frase de Protágoras de que “o homem é a medida de todas as coisas”.¹²²

Já na Modernidade, o legislador passa a criar o Direito de forma discricional. E, a partir disso, aquilo que se cumpre é apenas “obediência e aplicação quase irrestritas uma vez que *dura Lex sed Lex*”. (STRECK, 2017, p. 45). Então, conclui o jurista gaúcho, sempre houve a discricionariedade presente no Positivismo Jurídico. A questão, contudo, é que o problema real não era a discricionariedade judicial.

Entretanto, com o advento da jurisdição constitucional, a discricionariedade foi saindo do âmbito Legislativo e se tornando um problema mais perigoso na esfera judicial. E a partir disso, Streck expõe duas maneiras para se compreender o fenômeno do Positivismo que gera as situações aqui estudadas: “uma entendendo como uma solução e outra como algo inexorável”. (STRECK, 2017, p. 45).

¹²² Protágoras viveu entre 470 a.C. e 410 a.C. Nascido em Abdera, Protágoras é um importante nome entre os filósofos sofistas, e é delegada a ele tal frase.

O Estado Democrático de Direito, conforme Streck, dimensionou uma configuração inovadora na relação entre os poderes de um Estado, já que ele e o constitucionalismo reforçam o caráter hermenêutico do Direito. Sobre essa nova fase, o jurista pontua:

Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: textos constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos tendo como base os diversos mecanismos de acesso à Justiça. (STRECK, 2014b, p. 54).

Destaque-se que a Justiça Constitucional não se representa pela mera vontade de juízes, não importa qual seja o tipo de Justiça, tipo de processo ou o tipo de Direito aplicado, sempre a atuação jurisdicional deverá ter por norte colocar as partes em paridade de condições e o juiz agir de maneira neutra, assim entende Marengo (1972, p. 135) quando afirma: “[...] osserva che il problema dell’iniziativa officiosa si presenta allo stesso modo qualunque sia il tipo di lite”.

Da mesma forma, ensina Fazzalari (1972, p. 193) ao colocar o seu entendimento de que a lei abstrata, assim como já faz na realidade brasileira, deve preparar os instrumentos para colocar as partes em uma posição de igualdade, mas o juiz deve permanecer neutro e não é seu trabalho facilitar a parte supostamente fraca ou forte, muito menos direcionar o processo para a sua vontade, assim o doutrinador colocou: “[...] ben poneva in evidenza che il diritto astratto deve predisporre gli strumenti per collocare le parti in posizione di parità, ma il giudice deve restare neutrale e non è suo compito agevolare la parte asseritamente debole”¹²³.

Não é democrático se transmutarem os objetivos do processo de maneira a entender que se trata de algo posto para desvendar uma verdade pronta para ser revelada, ainda que de maneira indireta; quem assim entende muda a função do juiz de verificar responsabilidades no âmbito do processo, quando elas existem e podem ser atribuídas. Caso aconteçam dessa maneira sempre haverá decisões discricionárias e isso torna praticamente impossível a constatação de uma nulidade

¹²³ Neste texto se vê que a lei abstrata deve fornecer as ferramentas para colocar as partes em uma posição de igualdade, mas o juiz deve permanecer neutro e não é sua tarefa facilitar a parte supostamente fraca.

processual por exemplo, pois se esvai a técnica e advém o controle social feito pelo juiz; no caso, dizer o que deve ser bom para a sociedade em termos de Direitos, ainda que eles não se tenham submetido ao crivo do Poder Legislativo, que trabalhará no sentido de dizer que da atuação jurisdicional, ainda que pautada na melhor técnica jurídica, está impedindo que a verdade possa emergir, não passando de truques do judiciário.¹²⁴

Assim também entende Santis (2012, p. 14):

L'illusione della democrazia diretta si concentra nel perimetro di uno spazio pubblico senza scena, nel quale la visibilità vorrebbe sostituirsi alla rappresentazione. La giustizia, come è stato scritto, incarna "una tensione che deve prescindere dalla ideologia della trasparenza", che deve cioè allontanarsi da una concezione immanente della verità, che attende solo di essere svelata, anche per vie traverse. L'accesso diretto alla verità è un'istanza presente nell'immaginario di quei magistrati che intendono attribuire al processo finalità estranee alla sua evocata funzione di accertamento della responsabilità. Tutte le nullità della procedura, secondo quest'ottica, sono sanate dalla istanza selvaggia di ricorso mediatico costituita dai media, poiché gli argomenti di diritto appaiono all'opinione pubblica come 'sofismi, trucchi, inutili giochi di parole per impedire alla verità di emergere'.¹²⁵

Agir de maneira constitucional, respeitando o contraditório efetivo, é sempre mais seguro do que a busca por conceitos abstratos, como a lisura eleitoral, presunções e indícios, que mais se amoldam à vontade de uma massa provocada pelos meios de comunicação, ou pelas redes sociais e aplicativos telefônicos de menagem, do que qualquer outra coisa. A linguagem da informação, principalmente quando quem a produz não tem compromisso com a verdade, mas sabe o que tem que dizer e a quem dizer através das informações geradas por algoritmos,¹²⁶ que

¹²⁴ Garapon (1997, 49): "[...] sofismi, trucchi, inutili giochi di parole per impedire alla verità di emergere", ou seja, sofismas, truques, trocadilhos inúteis para evitar que a verdade surja.

¹²⁵ O autor coloca que a ilusão da democracia direta está concentrada no perímetro de um espaço público sem cena, no qual a visibilidade gostaria de substituir a representação. A Justiça, como foi escrita, incorpora "uma tensão que deve desconsiderar a ideologia da transparência", que deve, portanto, afastar-se de uma concepção imanente da verdade, que só espera ser revelada, mesmo nas ruas transversais. O acesso direto à verdade é uma instância presente no imaginário daqueles magistrados que pretendem atribuir aos fins do processo estranhos à sua função própria de verificar a responsabilidade. Todas as nulidades do procedimento, de acordo com esse ponto de vista, são remediadas pelo apelo selvagem a uma conduta midiática, já que os argumentos da lei parecem à opinião pública "sofismas, truques, trocadilhos inúteis para impedir que a verdade surja".

¹²⁶ Monteiro (2017) define que: "Algoritmos são sequências de instruções programados para realizar uma ou várias tarefas. Normalmente, coletam dados de fontes diversas que funcionam como variáveis que combinadas levam a um resultado. Em um programa de computador, é um código, linhas de comando, escritas por programadores. Mais recentemente, algoritmos de aprendizagem

atuam na extração de dados das redes sociais, não é familiarizada,¹²⁷ via de regra, com a paridade de armas do processo, com a igualdade entre as partes, pelo contrário, a realidade contemporânea demonstra que o uso dessas estratégias desvirtua a ideia de igualdade do processo político e pode gerar fraudes eleitorais passíveis de punição pela Justiça Eleitoral, que, registre-se, não dispõe de regra que trate do assunto. Deste modo, a comunicação com a sociedade forma verdades sobre o processo judicial sem qualquer tipo de compromisso com a técnica jurídica, por isso que o julgador não pode se afastar dela, optar por agir dessa forma, fora do quadrante constitucional, torna o processo judicial algo desalinhado com a ideia de Democracia.

Fugir das formas, na mesma esteira, retira legitimidade da atuação do Judiciário, porque o rigor das formas é uma fonte de legitimidade da atividade judicial, pois só por meio do respeito ao rito legal o juiz se torna isento e se distancia da causa, não tendo espaço para transpirá-la, respeitando o ensinamento do círculo hermenêutico, pois mais do que apurar a verdade em si, seja ela qual for, sua função consiste em não permitir que o processo se perfaça como uma ferramenta autoritária, independente do cumprimento de regras.

A Democracia se faz através do respeito às regras, mormente as processuais, seja qual for o tipo de processo; dessa maneira é que as manifestações de poder restam legitimadas em um Estado Democrático de Direito. E não é afastando as normas gerais de processo a um tipo específico de processo, ainda mais da envergadura do que significa o Processo Judicial Eleitoral, que se consolidará a Democracia.

Isso pode ser extraído da doutrina de Santis (2012, p. 53):

automática passaram a escrever, sozinhos, outros algoritmos por meio de inteligência artificial, o que, por vezes, pode levar a resultados totalmente inesperados, que não poderiam ser antevistos pelos humanos que desenvolveram o código original. Esse código é, pela maioria das legislações do mundo, proprietário. Isso significa que ele pertence a uma empresa, pode ter um grande valor de mercado e ser considerado um segredo de negócio. O acesso a ele por terceiros pode significar uma grande desvantagem competitiva. E aqui reside um dos maiores embates que impede a efetiva transparência dos algoritmos”. Essa ausência de transparência não guarda compatibilidade com o processo democrático e os primados do processo judicial eleitoral, por isso deve ser rechaçada e atacada, o quanto antes, por uma legislação confiável que imponha transparência no uso deste tipo de artifício.

¹²⁷ Santis (2012, p. 15): “La parità delle parti è sconosciuta al linguaggio dell’informazione, che offre la ribalta alla storia migliore, raccontata nel modo migliore, e che spesso asseconda logiche di audience piuttosto che di legalità”, ou seja, a igualdade das partes é desconhecida para a linguagem da informação, que oferece o centro das atenções para a melhor história, contada da melhor maneira, e que muitas vezes segue a lógica do público ao invés do respeito a legalidade..

In effetti la scrupolosità nel rispetto delle forme è fonte di legittimazione dell'attività giudiziaria, perché solo attraverso il rispetto del rito il giudice potrà "divenire terzo innanzitutto di fronte a se stesso" (GARAPON, 2007, p. 261), preservando la sentenza dai condizionamenti che egli, in quanto essere umano partecipe della società in cui vive, altrimenti tenderebbe a tra- sfondere nei suoi atti. Ciò che la procedura penale richiede al giudice è in realtà una tensione che lo estranei dalla passione generatasi intorno alla res iudicanda, una "ascesi personale" che non è finalizzata all'accertamento della verità tout court, ma ad escludere che l'esito del processo diventi uno strumento autoritario che assicuri un risultato prescindendo dal rispetto delle regole. Norberto Bobbio (1995) ripeté più volte l'invito a considerare i moderni sistemi democratici come insiemi di regole procedurali, che nel loro complesso legittimano ogni manifestazione di potere, allo stesso modo in cui la loro violazione determina la perdita dei requisiti per qualificare il prodotto, per questa via ottenuto, come conforme allo stato di diritto.¹²⁸

Frente a esta discussão, mostra-se a impossibilidade de aceitação no ordenamento jurídico do Art. 23 da Lei Complementar 64, pois além de não representar uma resposta correta à Constituição, como já abordado, traz consigo uma nebulosa aplicabilidade, ferindo o princípio, por exemplo, da inércia do Judiciário e dando espaço a uma atuação jurisdicional diferente.

Esse proceder pode ser entendido com uma discricionariedade à *brasileira*, algo que deriva da tentativa de superação do Positivismo Exegético e da velha *aplicação* do Direito baseada em subsunção, diante de um vácuo regulatório, em que o intérprete se encontra em situação jurídica completa de senhorio, em relação ao texto normativo, objeto da interpretação/aplicação.

Tassinari (2012, p. 96) pontua que "um dos três principais desafios do atual cenário jurídico é a superação da discricionariedade judicial". Ademais, essa autora desenvolve um conceito acerca do "ativismo judicial 'à *brasileira*'", que podemos considerar um desenrolar da discricionariedade feita no Brasil; em verdade,

¹²⁸ Aqui, neste texto, se nota que, de fato, o escrúpulo em respeitar as formas é uma fonte de legitimação da atividade judicial, pois somente respeitando o rito o juiz "pode se tornar um terceiro antes de tudo diante de si" (GARAPON, 2007, p. 261), preservando a sentença dos condicionamentos que ele, como ser humano, participa da sociedade em que vive, caso contrário ele tenderia a transpirar em seus atos. O que o processo penal exige do Juiz é, na realidade, uma tensão que o afasta da paixão gerada em torno d'acausa, um "ascetismo pessoal" que não visa averiguar a verdade, mas excluir o resultado do julgamento. Em um outro olhar isso seria tornar-se uma ferramenta autoritária que garante um resultado independentemente do cumprimento das regras. Bobbio (1995) repetiu várias vezes o convite para considerar os sistemas democráticos modernos como conjuntos de regras processuais, que legitimam toda a manifestação de poder, da mesma forma que sua violação provoca a perda dos requisitos para qualificar o produto, assim obtido, conforme o estado de direito.

entendemos que esse conceito é a tentativa de expor a maneira atípica de como as decisões judiciais – e na seara eleitoral isso se acentua, dada a já citada abertura legislativa para tanto – se dão no Brasil, sem nenhuma preocupação com a cientificidade do seu conteúdo.

Não há em nosso País a vinculação de uma escola; o que se pratica no Brasil, em termos de decisões judiciais, é algo que muito mais atende a anseios da opinião publicada e postada, ou as internalizações pessoais dos julgadores, do que a uma base científica que tenha por norte o atendimento a premissas que possam ser construídas a partir das bases lançadas pela Constituição Federal.

Especificando esse fenômeno, ao lume do que foi construído pela doutrina, é imperioso reconhecer que essa expressão foi inicialmente utilizada por Veríssimo (2008, p. 415):

O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o caso brasileiro anômalo é o fato de essa Corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo ‘à brasileira’.

Por sua vez, Trindade (2016, p. 209) entende o fenômeno ativista por outro prisma, mais adequado à visão destacada nesta Tese (aqui já esposada):

[...] a identificação do ativismo exige uma investigação qualitativa acerca do conteúdo das decisões judiciais. É na interpretação e na fundamentação, portanto, que reside o problema. E, nesse contexto, a expressão ‘ativismo à brasileira’ não segue a anomalia apontada por Veríssimo, mas serve para designar um conceito cuja recepção no Brasil não atentou para as diferenças estruturais que conformam os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro: lá, na tradição do common law, a atividade jurisdicional envolve a própria criação do Direito (the judge made law) na construção dos precedentes, enquanto a cultura do stare decisis assegura a integridade do Direito; aqui, a criação do Direito resulta, em tese, da atividade legislativa e, apesar do controle misto de constitucionalidade, os mecanismos de vinculação das decisões ainda são recentes e nem sempre eficazes. Portanto, ‘ativismo à brasileira’ se deve, fundamentalmente, à sua recepção descontextualizada.

Na visão desenvolvida neste trabalho, entende-se esse fenômeno nessa mesma linha supra, valendo destacar o entendimento lançado por Campos (2014), quando projeta uma definição multidimensional do problema do ativismo judicial com traços tipicamente brasileiros, porém reconhecendo que um traço marcante dessa prática no Brasil é, na esteira do que entendemos e aqui já afirmamos, a absoluta falta de fundamentação científica, de racionalidade produtiva.

Difícilmente, em um sistema jurídico organizado, a partir de um texto constitucional produzido sob a égide de uma Democracia, ter-se-á como adequado que sejam encontradas decisões oriundas de um mesmo juízo, às vezes de um mesmo juiz ou colegiado, sem qualquer tipo de critério, método ou parâmetro, de maneira a tornar a sua produção judicial minimamente coerente com o ordenamento jurídico. (RODRIGUEZ, 2013).

A partir desses ensinamentos, se tem por compreensivo que o ativismo judicial tipicamente brasileiro possa resultar de “todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos”. (TRINDADE, 2016, p. 211).

Assim, a expressão ativismo judicial *à brasileira* evidencia duas importantes questões: primeiro, a caracterização do ativismo judicial como experiência que não é própria (originária) do contexto brasileiro (neste sentido, *à brasileira* sinalizaria simplesmente para a conjugação de duas tradições), mas que ganhou contornos próprios no Brasil, em razão da total ausência de preocupação com parâmetros científicos na produção de decisões judiciais.

Por outro lado, pode também estar implícita uma crítica à utilização destes termos, de modo despojado do contexto de seu surgimento, o que implica “a transposição equivocada de um conceito, e a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano”. (TASSINARI, 2012, p. 92).

O que deixa mais grave a questão do dispositivo normativo do processo eleitoral mais criticado no presente item é o fato de que justamente o texto normativo, alvo da interpretação/aplicação, é a fiel institucionalização da discricionariedade. Então, esse dispositivo legal nada mais é que uma tentativa de imprimir legitimação a uma postura discricionária do intérprete, até no concernente à produção de material probatório, já que se consideram provas ainda que não discriminadas nos autos, segundo um suposto interesse público de lisura eleitoral.

Tudo isso remete à questão já debatida neste trabalho, de que dispositivos como este permitem que a condenação de uma pessoa não se dê no processo, mas na consciência de um intérprete julgador, não importando as provas nos autos nem o produzido no processo, algo que enfraquece, sobretudo, a Democracia, como ensinam Nery e Abboud (2013, p. 533-534):

Apenas em um sistema que predomina a vontade do mais forte é que se poderia medir a justiça pela vontade de alguém, por mais absurda que ela fosse. No Estado Democrático Direito, a justiça não se mede pela vontade de ninguém, nem pela do STF; pois todo juiz ao decidir precisa prestar contas de por que sua decisão é a melhor para o caso, a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia.

Nada pior para um sistema que visa a estabilidade nas suas decisões do que situações como esta, pois é um caminho aberto a incertezas, a imprevisibilidade. A única certeza possível de se ter em um contexto como esse é que não há certeza nenhuma, no que tange ao que virá a partir de uma decisão judicial.

No processo judicial eleitoral, bem como no próprio Direito material Eleitoral, algumas situações que já deveriam estar dotadas de um significado intersubjetivo – que já deveriam estar no nosso dia a dia, na nossa vivência intersubjetiva, porém simplesmente não se consolidam, e assim o é por conta de dispositivos como o citado Art. 23, que fazem com que questões básicas que dão sentido à própria densidade normativa processual que deveria tornar o processo democrático previsível, no Processo Judicial Eleitoral – encontram entraves para se estabelecerem, como é o caso do respeito a produção de prova dentro dos autos e sua submissão ao contraditório substancial. Isso impossibilita uma verificação e o estabelecimento de precedentes, de critérios de segurança jurídica.

É essa estabilidade que busca o Código de Processo Civil de 2015, por isso não se pode abrir mão dela no Processo Judicial Eleitoral, por ser norma subsidiária no âmbito do Direito Processual Eleitoral; o diploma processual civil dita importantes dispositivos que devem ser utilizados no processo judicial eleitoral.

Vale destacar que os artigos 9º, 10º e 11º do CPC/2015 já se colocam em uma postura de combate ao Art. 23 da LC 64/90, principalmente na defesa dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como sugere o texto:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

A própria Resolução 23.478 de 2016 do TSE no seu Art. 3º¹²⁹ aponta nesse sentido; ou seja, o próprio TSE reconhece que uma norma incompatível com o Art. 23 deve ser aplicada nos processos judiciais eleitorais, tamanha é a impossibilidade de se afastar normas que são a mais pura expressão da validade e da aplicabilidade dos princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa.

Cunha (2016, p. 51) expõe a importância dada ao princípio do contraditório no Art. 9º. Segundo o autor:

O Art. 9º do CPC consagra o direito de a parte ser ouvida antes de uma decisão proferida contra si. Esta é uma das regras que concretizam o princípio do contraditório. O dispositivo não consagra o princípio do contraditório, mas uma das regras que o concretizam. O art. 10 consagra outra, que é a proibição de decisão surpresa.

Quando há o contraditório, não se tem espaço para o juiz produtor de provas, provas estas saneadas de forma discricionária pelo magistrado, baseado nos chamados *atos públicos e notórios*. É lógico imaginar que, na hipótese de um magistrado que traz novas provas ao processo, participando do enriquecimento dos autos como uma parte, venha a ocorrer uma decisão-surpresa, que é outro fato absurdo do mundo jurídico, possível diante do ativismo judicial e da discricionariedade.

¹²⁹ Art. 3º Aplicam-se aos processos eleitorais o contido nos arts. 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Afinal, a decisão-surpresa é também combatida pelo CPC/2015 em seu Art. 10º, como regra para concretizar o contraditório. Sobre tal artigo, Nunes (2016, p. 53) pontua:

O contraditório, nesses termos, imporia em cada decisão a necessidade de o julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Percebase, de modo mais claro, que, caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); inclusive com evidente prejuízo para aplicação futura em potenciais casos idênticos.¹³⁰

O Art. 10º observa, portanto, que o conteúdo levado em consideração na sentença é aquele arguido pelas partes. Ademais, o artigo dá ao litigante a oportunidade para argumentar sobre os novos fatos ou as novas provas obtidas durante o processo. Por conseguinte, veta o juiz de produzir provas ou fundamentar sua decisão a partir de fatos externos aos autos, causando assim a decisão-surpresa.

O Art. 11º do CPC/2015 tem fundamento constitucional no Art. 93, inciso IX,¹³¹ e dispõe basicamente sobre a obrigatoriedade de publicidade e da devida fundamentação das sentenças (vale ressaltar que o Art. 489 do CPC/2015 também

¹³⁰ Levando em conta que a base teórica desse ponto do Código de Processo Civil seria Dworkiniana, no que tange a uma projeção de um sistema que respeite o do Direito como Integridade de maneira que os precedentes judiciais seriam pontos de partida interpretativos e não definidores de Direitos propriamente ditos, pois ainda que estejamos em um Sistema Civil Law esse tipo de premissa é próprio do sistema common law abrindo um espaço grande para a prática do decisionismo e do ativismo judicial em sua pior faceta. Por essa razão não se pode simplesmente aceitar uma aplicação cega dos precedentes, principalmente no ambiente jurídico brasileiro, devendo haver uma análise séria da sua utilização, evitando aquilo que Lênio Streck coloca em sua obra de maneira a criticar esse instituto. (STRECK, 2015). Um dos seria considerar que o objetivo central dos precedentes seria a padronização interpretativa, ultrapassando qualquer possibilidade diversa firmando um único padrão. (DWORKIN, 1999). Assim, não seria possível deixar para trás o problema mais recorrente no sistema *civil law*, que seria a tentativa de engessar interpretação racional do juiz. Nas palavras de Marinoni (2008, p. 34) isto representa o dogma de que “a certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou melhor dizendo, na própria lei”. Streck (2015) por conta desse estado de coisas defende que o Brasil não estaria preparado para a adoção desse instituto dos precedentes, pois e trata de local onde houve um processo democrático recente e da mesma forma sofre ainda processo de constitucionalização da sua jurisdição. Desta forma, os precedentes trariam uma maior autonomia ao juízes e por consequência: injustiça no julgamento, mecanização do direito e não seria alinhado o princípio do devido processo legal, produzindo decisões ativistas em série.

¹³¹ O texto do inciso constitucional destacado no parágrafo: IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

dispõe sobre a fundamentação das decisões – e de forma mais específica). Já que o dispositivo trata da necessidade de uma fundamentação adequada das sentenças, não se pode deixar de destacar o claro afastamento da ideia de discricionariedade que o artigo traz.

Sobre esta questão, Cunha (2016, p. 56) também destaca:

Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. O dever de fundamentação é exigência do devido processo legal, decorrendo do princípio do contraditório. Daí a imbricação entre o dever de fundamentação, o dever de consulta e a vedação à decisão surpresa (CPC, arts. 9º e 10º). A concretização da regra constitucional da motivação é, em nível infraconstitucional, feita no art. 489 do CPC, com detalhamento e explicitação do que não se considera como fundamentação adequada. A falta de motivação adequada acarreta invalidade da decisão.

Ainda no Diploma Processual Civil de 2015, têm-se os elementos essenciais da sentença elencados em seu Art. 489, que conta com o seguinte texto:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015).

Ressalte-se que, pela mera leitura do artigo, se percebe um total rompimento com a ideia de se considerar em uma decisão a "livre apreciação dos fatos públicos e notórios" ou os "indícios e presunções"; o que no Art. 23 da LC 64/90 são postulados para a formação da "convicção" do tribunal.

A sentença é um ato de poder sempre prolatado por e em nome do Estado, constituindo uma decisão e não uma simples escolha. Para Streck (2016), a sentença não é mera opção por uma ou mais teses, é algo muito mais complexo do que isso. Para melhor elucidar a diferença entre decidir e escolher, deve o intérprete proceder entendendo que há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política, e o escolher, que é um ato de razão prática.

O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano, de agir estratégico. Por essa razão, deve a sentença conter sempre, segundo o CPC, a necessária fundamentação. Isso seria uma forma de expulsar o livre convencimento de uma sentença, já que a fundamentação precede a decisão; e que para que se tenha uma boa fundamentação, primeiro tem-se o dever fundamental de levar a sério todos os argumentos das partes.

Já no que tange ao dispositivo, esse deve figurar em todos os momentos da sentença em que o intérprete deu as soluções demandadas na causa, pois se trata da condição de possibilidade da fundamentação de uma decisão judicial.

Afinal, se determina que a decisão contenha o necessário apontamento da relação entre o ato normativo e a causa; se tenha o veto de conceitos jurídicos indeterminados, o veto de colocar motivos que poderiam decidir qualquer outra decisão; também observa a necessidade de ouvir as partes e considerar todos os argumentos que possam modificar a decisão; e deixe de seguir enunciado de súmulas ou jurisprudência, arguido pela parte sem a demonstração de distinção entre o fato motivador do enunciado e o caso em julgamento.

Tem-se, então, aqui, uma grande contradição aos termos do Art. 23 da LC 64/90, demonstrando mais uma vez o descompasso entre o Código de Processo Civil, as suas premissas gerais e o dispositivo mencionado pela Lei de Inelegibilidades.

O Art. 371 do CPC/2015, que combate de forma veemente a decisão baseada na discricionariedade, conta com o seguinte texto: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Este dispositivo legal do Diploma Processual Civil de 2015 proíbe o livre convencimento, a produção de provas pelo juiz e ainda que este decida com provas alheias aos autos de forma que não pode ser o juiz quem faz a prova e nem ele a personalidade a intuir provas, a ele é dado ser equilibrado e atender às provocações das partes de maneira imparcial.¹³²

A preocupação a esse respeito se acentua na seara Eleitoral, não só pelo fato de ser o ramo do Direito que se desenvolveu para garantir que os primados democráticos não ruíssem, de maneira a garantir a soberania popular acima de tudo. Assim também entende Macedo (2017, p. 50):

O Direito Eleitoral, como um conjunto de normas, princípios, competências e procedimentos que regulam o processo eleitoral, não pode afastar-se do vetor maior que é a soberania popular, cláusula pétrea da Constituição.

Ao se positivar (em face de processo eleitoral) uma norma que institui a discricionariedade, aceitando a livre apreciação, a produção de provas, em nome de um suposto interesse público e lisura eleitoral, que é o que determina o Art. 23 da LC 64/90, tem-se uma ameaça à soberania popular.

Afinal, poder-se-ia ter uma decisão discricionária surpresa, ou seja, mais um postulado que tornaria o dispositivo inconstitucional. Noutro giro, temos em todas as normas no CPC, mencionadas no presente item, um caminho em sentido contrário ao dispositivo da Lei Eleitoral aqui questionada, primando pela fundamentação da decisão e resguardando a ampla defesa e o contraditório.

Pfersmann (2014) afirma que, em um regime democrático, não é possível governar e julgar com a caneta da toga, vetando o ativismo judicial e a decisão discricionária. Para ele, *governar* é tomar as principais decisões do País, incluindo criar as leis. E *julgar* "é dirimir litígios individuais, aplicando regras gerais que foram criadas por outros". (PFERSMANN, 2014, p. 119). O juiz, portanto, não detém a legitimidade democrática para governar, uma vez que não ascende a seu cargo por

¹³² Streck (2018).

meio de eleições. Uma decisão discricionária de um juiz, na prática, é um ato de governo, violando o Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, assim, que o Art. 23 da Lei Complementar 64/90, além de inconstitucional é incompatível com normas básicas de processo, retirando a possibilidade de haver integridade na jurisprudência eleitoral, tornando o cotidiano do processo judicial eleitoral algo insalubre. Significa, ainda, uma grave ameaça ao Estado Democrático de Direito. Estas agravantes são lesivas ao processo eleitoral, e representam justamente o contrário do que o dispositivo da lei *preserva*, que é o interesse público de lisura eleitoral.

É nesse contexto que, a partir deste ponto, este trabalho enfrentará as consequências das aplicações desses dispositivos da legislação eleitoral e a utilização inadequada de métodos interpretativos, tal como a interpretação teleológica, com base na abertura concedida pela legislação eleitoral.

4 O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA NO PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL

A existência de uma legislação eleitoral, incompatível com as mudanças do Código de Processo Civil de 2015, pode ocasionar o uso em larga escala da interpretação teleológica no Processo Judicial Eleitoral, principalmente para a conformações das decisões judiciais eleitorais da seara cível eleitoral.

Trata-se de algo a se refletir de maneira contundente, pois em razão da existência dos já citados dispositivos legais podemos nos deparar com decisões calcadas em *indícios e presunções*, neste ponto abre-se um leque que pode, como dito anteriormente neste trabalho, levar à ausência de fundamentação em decisões judiciais. Além disso, poderia representar a utilização de outras leis que também atuam no sentido de tornar confortável lançar mão deste método interpretativo para solucionar casos,¹³³ ainda que o intérprete julgador não faça, via de regra, referência expressa a essa forma de interpretar.

Há, ainda, intérpretes, que entendem, ao nosso ver, de maneira equivocada, que não há como se interpretar, na Justiça Eleitoral, sem lançar mão desse método,¹³⁴ infelizmente o teor do Art. 219 do Código Eleitoral¹³⁵ pode dar azo a esse

¹³³ Até os dias atuais, o método teleológico goza de bom prestígio dentre os magistrados que não se eximem de invocá-lo constantemente. A própria legislação moderna contemplou a utilização de tal recurso hermenêutico. Dentre nós, a Lei de Introdução ao Código Civil prevê, em seu Art. 5º., que: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (MAZOTI, 2010, p. 74).

¹³⁴ TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE GOIÁS - 23ª ZONA ELEITORAL DE ORIZONA – GOIÁS RP n. 88-52.2016.6.09.0023 – “É que não pode o intérprete se furtar de conferir interpretação teleológica na aplicação das normas eleitorais. O juiz, diante do caso concreto, deve observar a finalidade da norma, bem como os resultados por ela pretendidos. Diga-se, à luz do princípio em comento, a análise da potencialidade lesiva da conduta censurada torna-se essencial e absolutamente necessária, a teor da primeira parte do Art. 219 do Código Eleitoral: Art. 219. **Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige** (grifo nosso), abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo. Também exemplifica-se na jurisprudência pátria: REPRESENTAÇÃO - ART. 73, I, DA LEI 9.504/97 – ILÍCITO ELEITORAL NÃO DEMONSTRADO - NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL - NÃO DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ATO DE CAMPANHA EM BENEFÍCIO DE CANDIDATURA - AUSÊNCIA, DE QUALQUER FORMA, DE POTENCIALIDADE LESIVA DO EQUILÍBRIO DA DISPUTA ELEITORAL - PRODUZIDA PROVA NO SENTIDO DE QUE A UTILIZAÇÃO DA VIATURA OFICIAL OBJETIVOU A PARTICIPAÇÃO DE FUNCIONÁRIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS EM EVENTO OFICIAL - IMPROCEDÊNCIA, COM DETERMINAÇÃO DE ARQUIVAMENTO”. (TRE-SP - REP: 16480 SP, Relator: WALDIR SEBASTIÃO DE NUEVO CAMPOS JÚNIOR, Data de Julgamento: 13/09/2007, Data de Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado, Data 20/09/2007, p. 254). (SÃO PAULO, 2007).

¹³⁵ Art. 219. Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo.

entendimento, porém, acreditamos, somente se este não absorver o ambiente constitucional em que está inserto; porque, nesse contexto, a norma tem adequação constitucional e não intenção nem finalidade. Entendimento esse que leva a uma incompatibilidade desta norma legal, que é do ano posterior ao golpe militar no Brasil o de 1965, com a Constituição Federal de 1988.

A desconsideração do que representa esse método interpretativo para um sistema jurídico voltado a um Estado Democrático de Direito é algo que pode levar a sua utilização a ser comparada a um verdadeiro argumento de autoridade universal capaz de justificar quaisquer posições dos julgadores, ainda que essas não tenham nenhuma preocupação em ter uma congruência com a necessidade de se fundamentarem decisões judiciais.

Sobre a inadequação do aludido método interpretativo às aspirações democráticas inerentes ao ambiente de um Estado Democrático de Direito centrado em uma Constituição nos moldes da que existe no Brasil desde 1988, Barreto (1996, p. 11) afirma:

Nesse quadro é que se destaca a questão da interpretação constitucional, como *condictio sine quo* para a realização do projeto político-institucional previsto na lei magna. Os chamados métodos hermenêuticos tradicionais¹³⁶ - a interpretação gramatical, lógica e 'Sistemática, a interpretação histórica, sociológica e evolutiva, e a interpretação teleológica e axiológica - não atendem em toda a sua abrangência os objetivos das constituições de sociedades comprometidas com a construção da democracia'.

A partir desta lição, nota-se que não são raros os doutrinadores a defender que tal tipo de interpretação não se adequa ao constitucionalismo contemporâneo se aplicadas dentro das premissas em que foram concebidas, principalmente em um contexto de um Estado Democrático de Direito.

Bonavides (2005, p. 457) contextualiza situação da interpretação teleológica quando da sua criação da seguinte forma:

Parágrafo único. A declaração de nulidade não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa nem a ela aproveitar. (BRASIL, 1965).

¹³⁶ Os métodos clássicos de interpretação remontam ao magistério de Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito, e que, em seu Sistema, de 1840, distinguiu, em terminologia moderna, os métodos gramatical, sistemático e histórico. Posteriormente, uma quarta perspectiva foi acrescentada, que foi a interpretação teleológica. Com pequena variação, este é o catálogo dos métodos ou elementos clássicos da interpretação jurídica: gramatical, histórica, sistemática e teleológica. (SAVIGNY, 1886, p. 225).

Após a ação renovadora dos juristas filiados à escola alemã da livre aplicação do direito ('Freie Rechtsfindung'), fez afinal preponderante o método teleológico, por achar-se talvez mais perto da vida e apresentar-se mais consentâneo com as exigências de uma sociedade dinâmica e cambiante, qual a do século XX, animada de ideias e forças que, nos quadros da ordem jurídica, postulam a constante acomodação dos interesses sociais, sujeitos a um habitual estado de contestação e antagonismo.

Fica, então, exposto o fato de que o mote desse método são os interesses sociais do momento (ou aqueles que estão na ordem do dia na leitura pessoal de um julgador) a serem aferidos pelos Magistrados, conforme suas impressões particulares daquilo que viria a ser de interesse da sociedade naquele momento em que ele profere a sua decisão e não as diretrizes constitucionais, que não raro podem colidir com a pretensão de uma massa social em determinado momento histórico.

Em um raciocínio longe de qualquer complexidade, pode-se chegar à premissa de que a simples escolha de um método interpretativo em um ambiente constitucional já é algo que pode levar ao ladeamento das diretrizes mais determinantes do acontecer interpretativo; e quando essa forma de interpretar representa a busca de algo extremamente subjetivo, como é a finalidade de uma norma jurídica, ou os fins e resultados a que ela se dirige, o respeito as diretrizes constitucionais pode ficar comprometido.

Alcançar o espírito por trás de uma norma, expor a relação entre o seu espírito e o seu corpo, a cisão destes, além do texto normativo e sua finalidade, ou aos fins e resultados a que ela se dirige, como é a proposta deste método interpretativo, como aqui já se colocou anteriormente, leva a um caminho que busca o oculto, que não reconhece o sentido da norma e suas limitações em um contexto constitucional.

Trata-se da verdadeira procura de uma justificação científica que não tem cientificidade nenhuma, é a tentativa de se adentrar no raciocínio do legislador enquanto produtor da norma e criador do Direito (o que *per si* já seria uma contradição do julgador, ao entender que o Direito é criado a partir da sua produção enquanto Magistrado, pois estaria aí assumindo a postura de legislador). Há, nesta situação, verdadeira transferência da competência de criar uma obrigação, ou o próprio Direito; quem busca essa finalidade, muitas vezes, procura assenhorar-se do poder de criar o que não existe na norma, ou até mesmo que diga exatamente o

contrário do que a norma afirma. É algo antitético e que por vezes fere a própria essência deste método interpretativo.

Os que lançam mão dessa ferramenta muitas vezes não têm a ideia, ou não dedicam a mínima preocupação, do ambiente no qual esse método foi desenvolvido, em uma realidade na qual era necessária a busca de uma finalidade social das normas, porque não existia no século XIX a figura de uma Constituição com o papel central de um sistema jurídico, como ficou cada vez mais usual a partir da segunda metade do século XX. Ou seja, não se informar do perigo que é aplicar um método interpretativo – usando, na realidade, uma visão do Direito ligada a um período pré-constitucionalismo contemporâneo – é usar algo não planejado para a realidade em que é vivenciada hoje, uma verdadeira tentativa de enxerto artificial em estruturas não compatíveis.

O risco real, nesses casos, é de o intérprete desconsiderar o caráter vinculativo do texto Constitucional, de submeter as normas legais, as leis e a própria Constituição, a sua atuação, a modificações subterrâneas, de viés interpretativo subjetivo, comprometendo sua finalidade estabilizadora, de todas as turbulências, possibilitando o exercício de um Estado de Justiça dentro de um Estado de Direito, em que o juiz, ao invés de servidor, se faz senhor criador da Constituição e de outras normas legais.

Para que isso se contextualize, é interessante discorrer sobre o entendimento clássico desse método, quando Maximiliano (2007, p. 125) fala do uso do elemento teleológico:

O fim inspirou o dispositivo; deve, por isso mesmo, também servir para lhe limitar o conteúdo; retifica e completa os caracteres na hipótese legal e auxilia a precisar quais as espécies que na mesma se enquadram. Fixa o alcance, a possibilidade prática; pois impera a presunção de que o legislador haja pretendido editar um meio razoável, e, entre os meios possíveis, escolhido o mais simples, adequado eficaz. O fim não revela, por si só, os meios que os autores das expressões do Direito puseram em ação para o realizar; serve, entretanto, para fazer melhor compreendê-los e desenvolvê-los em suas minúcias. Por conseguinte, não basta determinar finalidade prática da norma, a fim de reconstituir o seu verdadeiro conteúdo; cumpre verificar se o legislador, em outras disposições, já revelou preferência por um meio, ao invés de outro, para atingir o objetivo colimado; se isto não aconteceu, deve-se dar a primazia ao meio mais adequado para atingir aquele fim de modo pleno, completo, integral.

Em nenhum momento, o autor, que é referência quando o assunto é Hermenêutica Jurídica não contemporânea do Direito brasileiro, externa qualquer preocupação com a necessidade da conformação constitucional de uma norma, o que não é de todo um absurdo, vez que sua ideia foi forjada em um ambiente não democrático e desvinculado da ideia de constitucionalismo contemporâneo que temos hoje. Isso fica evidente por causa da ausência de preocupação com a adequação constitucional da norma no ato interpretativo em seus textos.

Estabelecer um fim capaz de limitar a interpretação e aplicação de uma norma sem lhe fazer um enquadramento constitucional é jogar a interpretação a um total subjetivismo; daí ser preciso o reconhecimento do avanço da Hermenêutica Jurídica e não retirar a imbricação constitucional que o ato interpretativo deve ter.

Não mais há como se aprisionar o conceito de interpretação teleológica, ela precisa ser ressignificada, adequada ao ambiente constitucional vigente no Brasil, às legislações que têm um viés democrático e constitucional, não temos como apreender aquilo que não é conhecido (o fim, a finalidade), pois mais do que o subjetivismo que pode advir da atuação do intérprete este deve atuar dentro dos limites que o sistema que está inserto lhe impõe.

4.1 A Base Legislativa para o Uso da Interpretação Teleológica no Processo Judicial Eleitoral e o seu Descompasso com o Código de Processo Civil de 2015: o papel do intérprete à luz da premissa da presunção da legitimidade da vontade popular depositada nas urnas

No transcorrer da presente Tese, ressaltou-se a total relevância do Direito Eleitoral e do Direito Processual Eleitoral como instrumentos da estabilidade democrática, garantidores da Democracia; entretanto, continua-se a pontuar o quão fundamentais são tais matérias, porquanto a flagrante ojeriza expressa pelo legislador (afirmamos isso porque o Art. 23 da Lei de Inelegibilidades é uma obra do Poder Legislativo) a algumas garantias fundamentais, quando este atua de maneira a produzir leis que desrespeitam imensamente o significado e a importância de premissas que servem a toda a estrutura do ordenamento jurídico pátrio e ao Estado

Democrático de Direito, exposto na Constituição Federal do Brasil de 1988, é algo extremamente nocivo ao Processo Judicial Eleitoral.

Hodiernamente configura óbice às atividades do Processo Judicial Eleitoral a patente desorganização que se pode identificar na conformação normativa legal da seara eleitoral, principalmente da legislação específica que diz respeito ao Processo Judicial Eleitoral. É uma verdadeira balbúrdia legislativa, não há organização, sobram leis esparsas, o que torna o trato com o processo judicial eleitoral algo mais complicado para quem inicia a lida neste ramo.

O que primeiro se pode trazer à baila é que parece ser mais confortável o desenvolvimento de um processo judicial desequilibrado do ponto de vista de comodidade dos atores políticos; sendo assim, quanto maior a confusão, maior a facilidade em se colocar as normas da maneira mais conveniente possível para atender às demandas de uma população inflada por ideias muitas vezes completamente desconformes com o que é juridicamente adequado à Constituição. Dessa maneira, o devido processo legal queda inócuo para que clamores externos sejam atendidos em detrimento da postura constitucionalmente requisitada perante normas dessa magnitude.

Outro fulcral ponto é o modo como o Direito Processual Eleitoral se baseia em dispositivos que abrem a possibilidade de uma intervenção casuística nas contendas judiciais que lhes são postas, a saber, é realmente dificultoso encontrar normas, mandamentos legais de outras searas do Direito, que possuam tamanha abstratividade e generalidade. Nota-se a displicência do legislador mormente com a criação e nutrição de preceitos mais abrangentes que abarcam situações várias e que estabeleçam um sistema de pacificação e estabilização jurisprudencial.

O Art. 14, § 9º da CF, afirma:

Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (BRASIL, 1988).

Deste modo, o Projeto de Lei Complementar nº 03, de 1990, que estabelecia, nos casos de Inelegibilidade, prazos de sua cessação e determinando providências, foi aprovado e transformado, no ano de 1990, na Lei Complementar nº 64/90.

O Art. 23 da LC 64/90 já foi bastante pincelado neste trabalho, contudo, vale repetir que, no campo eleitoral, este artigo é um dos principais fundamentos da utilização da interpretação teleológica e do uso da busca pela verdade real (como já foi visto em item de capítulo anterior deste trabalho).

Sobre esse ponto da referida Lei, ainda na discussão do Projeto de Lei, quando de sua apreciação pelo Senado Federal, o Relator do Projeto da aludida Lei Complementar, em seu parecer, aduziu ser:

Inaceitável que em matéria penal [...] a lei não defina, de modo claro, a conduta a ser reprimida, deixando ao Judiciário o arbítrio para tipificar os ilícitos do abuso de Poder econômico no País. [...] A norma prevista no Art. 23, prevê a livre apreciação de fatos públicos e notórios pelo Tribunal na formação de sua convicção não elimina a necessidade de a lei definir com precisão a conduta tipo. Pelo contrário Art. 23 trata especificamente de assegurar a independência do Tribunal na análise da prova dos indícios e presunções, não dispensando, portanto, a enumeração precisa dos ilícitos de abuso do poder econômico.

Nota-se que o Poder Legislativo pretendia, nas discussões do processo legislativo que culminou com a aprovação da Lei de Inelegibilidades, dar carta branca para que o Judiciário, analisasse indícios e presunções para prolatar uma decisão judicial. No atual quadrante histórico isso seria impossível dada a existência do Art. 489 do Código de Processo Civil de 2015.

Neste caso, claramente, o Poder Legislativo agiu contra si (vez que os principais frequentadores das posições de partes em processos eleitorais são os candidatos, sendo a maioria deles para os Poderes Legislativos dos municípios, dos Estados e da União), face ao fato de ter colocado de maneira limpa que a definição do que era e não era abuso de poder seria um encargo do Poder Judiciário: “o arbítrio” de “tipificar” os ilícitos do Abuso de Poder econômico no País.

O trecho desse parecer tem tantas inconformidades constitucionais que chega a causar espanto em quem o lê; primeiro que não cabe ao Judiciário “tipificar” nada, ele deve julgar conforme a Lei e dentro dos limites constitucionais impostos à sua atuação, muito menos sua atuação pode se dar por “arbítrio” (que se trata de algo que depende só da vontade, no Judiciário, representado por alguém, no caso o juiz).

A tomar o referido parecer como referência, no entendimento do próprio Poder Legislativo, esse artigo é uma ode a atuação do Judiciário sob as bases da filosofia da consciência; essa passagem do Parecer da Comissão que analisou a

produção da Lei é a expressão maior da incompatibilidade constitucional, em todos os seus termos do artigo da Lei das Inelegibilidades aqui estudado (Art. 23).

No mesmo documento o Senador Genebaldo Correia, em 1990, quando das discussões do Projeto de Lei 03 de 1990 que culminou na aprovação da Lei Complementar 64 de 1990, a Lei das Inelegibilidades, mencionou a proposição de emenda que mostraria as condutas mais usuais de abuso de poder econômico, pois a legislação penal (veja que se tratava da produção de uma lei eleitoral, mas o parâmetro de punição era o do Direito Penal) não fazia isso (esqueceu o nobre legislador que isso não era, não foi e nunca será objeto da legislação penal, que, nesse caso (legislação penal eleitoral), está inserta no bojo do Código Eleitoral, legislação de 1965, pois se tratava de uma Lei cujo objeto era definir as hipóteses de inelegibilidades, mas trouxe normas e ritos de Processo Judicial Eleitoral da seara cível.

Inclusive o Senador comentou, na mesma oportunidade, que se houvesse tais condutas como parâmetro o abuso de poder nas eleições seria reprimido, bem como evitaria a ocorrência de impugnações feitas graciosamente, por mero capricho ou erro grosseiro.

O rol de condutas que incorreriam em inelegibilidade, naquela oportunidade, era composto por dezessete ações proibidas, a exemplo de: a) fazer propaganda direta, dissimulada ou subliminar de qualquer candidato pelos meios de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) utilizar ou fornecer veículos e embarcações para o transporte de eleitores ou simpatizantes; bem como c) fornecer alimentação aos eleitores, só para citar alguns.

Caso esse rol tivesse sido incorporado naquele Projeto de Lei, apesar de sua extensão, os eleitores e aqueles que se candidataram estariam mais seguros, tendo em vista que deixar a tipificação por conta do juiz faria com eles estivessem simplesmente “apalpando a escuridão” à espera de não serem enquadrados no Art. 23, a bel prazer do juiz, como no fim acabou acontecendo e até hoje assim está.

Ciente desse parecer, observa-se que ainda existem outras normas no ordenamento, a abrir espaço para decisões ativistas e subjetivas. Em atenção a isso, observe-se, a princípio, o Art. 336 do Código Eleitoral:

Na sentença que julgar ação penal pela infração de qualquer dos artigos. 322, 323, 324, 325, 326,328, 329, 331, 332, 333, 334 e 335, deve o juiz verificar, de acordo com o seu livre convencimento, se

diretório local do partido, por qualquer dos seus membros, concorreu para a prática de delíto, ou dela se beneficiou conscientemente. (BRASIL, 1965, grifo nosso).

Como é de geral conhecimento, o Código de Processo Civil de 2015 retirou a validação do livre convencimento na seara processual, o seu Art. 371¹³⁷ não mais lança mão da expressão livre convencimento motivado, o que empresta maior relevância ao Art. 489¹³⁸ e à cultura da fundamentação das decisões judiciais na forma descrita nesse dispositivo, citado anteriormente; assim, a parte acima sublinhada na citação referida não mais deve ter utilização, porquanto à subsidiariedade do CPC de 2015 às normas do Direito Eleitoral.

O mesmo se compreende (da impossibilidade de se entender pela antiga premissa do livre convencimento motivado) do dispositivo do Código Eleitoral, ainda vigente, a seguir:

Art. 120. Constituem a mesa receptora um presidente, um primeiro e um segundo mesários, dois secretários e um suplente, nomeados pelo juiz eleitoral sessenta dias antes da eleição, em audiência pública, anunciado pelo menos com cinco dias de antecedência.

[...]

§ 4º Os motivos justos que tiverem os nomeados para recusar a nomeação, e que ficarão a livre apreciação do juiz eleitoral, somente poderão ser alegados até 5 (cinco) dias a contar da nomeação, salvo se sobrevindos depois desse prazo. (BRASIL, 1965, grifo nosso).

¹³⁷ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

¹³⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o Princípio da Boa-Fé.

Procurando mais, encontra-se um outro exemplar de artigo da legislação eleitoral, aqui já analisado (da Lei 9.504 de 1997), que deveria entrar em desuso pelo menos em parte. Diz o texto:

Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

De modo a corroborar o que está sendo defendido nesta Tese, nos atentaremos inicialmente ao Art. 371 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. (BRASIL, 2015. Isso significa que, sempre que o magistrado tomar uma decisão, ela deverá ser fundamentada nos moldes do Art. 489 do CPC e não de outra forma. Não há abertura para a fundamentação de uma decisão judicial, seja qual for o argumento, no Art. 23 da Lei de Inelegibilidades.

Nesse sentido, a doutrina reconhece essa situação:

Com o novel Art. 371 ficou excluída qualquer expressão similar ao ‘livre convencimento’ da tarefa de apreciação probatória. No mesmo sentido, o art. 489 trouxe como elemento essencial da sentença a fundamentação, elencando no seu parágrafo primeiro as situações nas quais a decisão não pode ser considerada como fundamentada. Nada mais correto, vez que a fundamentação, elemento essencial da decisão, é indispensável à garantia do contraditório efetivo e, como já dizia Theodoro Jr. (2011), o juiz também se submete ao contraditório, devendo observá-lo mesmo quando da deliberação de matérias apreciáveis de ofício, a respeito das quais cabe tecer algumas considerações. (PEREIRA; MOURÃO, 2017, p. 124).

Para Streck (2018 p. 20), “ou se aplica o CPC como uma forma de trazer garantias efetivas aos contendores do processo eleitoral (com respeito pleno aos ditamos constitucionais) ou não se aplica”, não há como se ter o melhor dos dois mundos para que o julgador faça o que quer; a aplicação do CPC/15 deve estar inserida em um contexto coerente e íntegro. Em se aplicando o Art. 371, repete-se, é

impossível, inviável, incompatível com a Constituição aplicar-se o Art. 23 da Lei de Inelegibilidades.

Nota-se, então, que, a partir do esforço bem difundido por Streck, foi retirada qualquer possibilidade da persistência do livre convencimento no âmago do sistema jurídico brasileiro, por intermédio de emenda supressiva do relator do Projeto de Lei de CPC/2015, Deputado Paulo Teixeira, “contando com a aquiescência de Fredie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe” (STRECK, 2015); e isso foi de primordial importância para que o processo civil avançasse mais no rumo da Constituição Federal, ficasse “mais constitucional” e menos sujeito às interferências da jurisprudência defensiva (MOREIRA, 2007) que tanto atuou e atua no sentido de retirar direitos das partes e impedir o acesso dos cidadãos à jurisdição.¹³⁹

A nova redação do Art. 371 do Código de Processo Civil de 2015 traz novo paradigma ao processo e o leva para um caminho mais adequado ao estabelecido pela Constituição Federal, como aqui já foi dito, buscando um respeito supremo ao contraditório substancial, um dos grandes pilares do CPC/15, como bem explicam Pereira e Mourão (2017, p. 120 e 123):

Ao mesmo tempo em que o Novo CPC aumenta o dever do julgador em fundamentar suas decisões e prezar pela isonomia entre as partes, retira dele a carga subjetivista do livre convencimento, vinculando o mais à verdade construída por meio do contraditório.[...] Pode-se dizer, em linhas gerais, que a intenção do Novo CPC com o reforço do contraditório substancial é exaltar o papel do juiz não apenas como um árbitro frio e distante, mas como partícipe ativo no processo, e mediador próximo às partes na busca de uma solução do litígio. O faz ao garantir que todos os interessados tenham as mesmas condições de influenciar no convencimento do julgador ao final, e ao proporcionar a manifestação das partes diante de toda questão suscitada e que possa influenciar no resultado ao fim. Deve, contudo, ficar atento ao dever constitucional de fundamentação de todas as decisões, respeitando os elementos amplamente discutidos nos autos, não investindo em uma busca heroica e isolada pela verdade real.

¹³⁹ Discurso de posse do Ministro Humberto Gomes de Barros como Presidente do Superior Tribunal de Justiça: “Às vésperas de completar vinte anos, o tribunal adolescente enfrenta crise de identidade. Preso a infernal dilema, vê-se na iminência de fazer uma de duas opções: – consolidar-se como líder e fiador da segurança jurídica, ou – transformar-se em reles terceira instância, com a única serventia de alongar o curso dos processos e dificultar ainda mais a prestação jurisdicional. Intoxicado pelos vícios do processualismo e fragilizado pela ineficácia de suas decisões, o STJ mergulha em direção a essa última hipótese. Para fugir a tão aviltante destino, adotou a denominada ‘jurisprudência defensiva’, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos”. (BRASIL, 2008).

Sobre a permanência pós CPC de 2015 do livre convencimento na *Praxis* Forense, não obstante ser bastante clara a explicação da doutrina mais abalizada, aqui já exposta, a jurisprudência continua insistindo no tema de maneira diferente da que a Lei processual hoje coloca. Observe-se que alguns julgados atuais ainda possuem a expressão em seu escopo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL. PARTIDO POLÍTICO. DIRETÓRIO ESTADUAL. EXERCÍCIO 2014. PRELIMINAR EX OFFICIO. DOCUMENTOS JUNTADOS EM SEDE RECURSAL. OPORTUNIDADES ANTERIORES DE MANIFESTAÇÃO. PRECLUSÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE EFEITO INTEGRATIVO E PREQUESTIONAMENTO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. MATÉRIAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. PELO ' COLEGIADO. CONHECIMENTO. IMPROVIMENTO, [...].

2. No mérito, ausente qualquer omissão e em se verificando que a Eg. Corte Eleitoral se manifestou fundamentadamente acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, dentro do livre convencimento motivado dos magistrados, o fato de ter concluído de maneira diversa da pretendida pela Agremiação e não ter adotado as teses do Embargante não serve de fundamento para o rejugamento da causa, pela via dos embargos de declaração (TRE-PI. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: 105- 45.2015.6.18.0000. Relator: Edvaldo Pereira de Moura. DJ: '23/05/2017).

Não se trata de uma posição isolada, conforme se encontra em outras oportunidades, a exemplo do seguinte julgado:

[...] No entanto, no caso destes autos, não se observa a presença de nenhum dos elementos autorizadores do manejo do mandado de segurança, uma vez que as decisões do magistrado de primeiro grau que o excluiu do DRAP e indeferiu o seu RRC - acertadas ou não - estão estribadas nos dispositivos legais aplicáveis à espécie e inserida no Princípio do Livre Convencimento motivado.¹⁴⁰

Esses julgados demonstram a resistência que o CPC de 2015 tem de ser reconhecido pelos responsáveis pela produção da jurisprudência eleitoral, o que pode ser encarado como verdadeira resistência constitucional de quem julga, uma negação ao que diz a primeira Lei Processual Pátria construída e planejada em um ambiente democrático.

É bem verdade que uma lei nova, sozinha, não muda a cabeças das pessoas que fazem a Justiça (partes, advogados, Ministério Público e juízes), nem impõe a

¹⁴⁰ TRE-MT. AGRAVO REGIMENTAL: 252-32.2016.6.11.00000. Relator: Luiz Ferreira da Silva. DJ: '01/10/2016. (MATO GROSSO, 2016).

mudança de seus hábitos; sempre se faz necessário um tempo para a introdução dos novos paradigmas trazidos pela legislação, mas no caso na Justiça Eleitoral, em razão de seu dever impor alto grau de democraticidade não só as suas decisões, mas a condição de seus processos, essa mudança não tem tempo a perder, é necessário que se incorporem os aspectos subjacentes da nova legislação, uma virada equivalente a uma revolução científica, como a que já afirmamos, para que os novos instrumentos passem a ser a bússola da atuação da Justiça; caso contrário, estaremos sempre às voltas com passos para trás no rumo do passado.

Não mais há, por exemplo, como conviver com a possibilidade de um processo que tenha um desfecho sem que uma das partes interfira no mesmo para dizer sobre uma prova, ou as razões que lhes impuseram uma restrição de direito, como a redação do Art. 23 da Lei Complementar 64/90 sugere ser possível, pois:

No novo sistema processual o Art. 493 reforça esse entendimento, enfatizando em seu parágrafo único que a apreciação de qualquer fato novo, mesmo que constatado ex officio, deve ser precedida de manifestação das partes a respeito, ou, então, o magistrado não terá cumprido seu papel na garantia do contraditório efetivo. Theodoro Jr. (2015) alerta que, não havendo a submissão da matéria apreciada de ofício às partes para que se manifestem, o juiz não poderá usá-la como fundamento da decisão 5; e, como apontado, sem a devida fundamentação não há validade do ato judicial. Cunha (2013) vai além e defende que mesmo a questão submetida a julgamento por presunção simples do juiz deve ser submetida ao contraditório, sob pena de deslegitimar e invalidar o ato. (PEREIRA; MOURÃO, 2017, p. 127).

Continuando os apontamentos, ressaltaremos agora uma discussão sobre Poder, haja vista ser importantíssimo para se compreender a força da vontade popular externada nas urnas, a presunção de que a escolha popular, do Povo, é legítima e válida, devendo, sempre que não houver elementos fortes o suficiente, prevalecer.

No Art. 1º da CF/88, em seu parágrafo único, vigoram as seguintes palavras: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”, este ponto da Constituição, no entendimento de Rodrigues (2011, p. 103), se trata do:

[...] ponto-chave da Constituição Federal, de onde nasce a razão de ser das normas eleitorais é o Art. 1º, parágrafo único que expressamente estabelece ser o *Brasil um Estado Democrático de Direito* e que todo o *‘poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*. Eis aí a norma chave para entender todas as regras de

direito eleitoral, sejam elas materiais, sejam elas normas processuais, pois é justamente para *garantir e efetivar esta democracia por intermédio da soberania popular* que existem as normas eleitorais, aí compreendendo aquelas relativas à *organização da justiça eleitoral, ao sufrágio popular e aos partidos políticos*.

Mas do que o precitado dispositivo trata? Começemos por partes. Povo “é um conjunto de pessoas dotadas de capacidade jurídica para exercer os direitos políticos assegurados pela organização estatal” (BERNARDES; FERREIRA, 2017, p. 37); e, segundo o artigo constitucional supracitado, ele é portador de soberania. Soberania é um dos princípios constitucionais, é “a base original do exercício do Poder do Estado [...] que o exercita em nome do povo”. (BERNARDES; FERREIRA, 2017, p. 184).

O Poder Estatal é uno e indivisível, entretanto, no Brasil, há a divisão funcional de poder, qual seja: a) Função Legislativa, b) Função Executiva, c) Função Judiciária. Não há o que se falar de que, sendo o Poder indivisível, ele estará direta e integralmente nas mãos do povo para exercê-lo em todas as suas nuances. Na Democracia representativa, modelo adotado no Brasil, o povo cede seu poder para os representantes que melhor incorporem seus interesses. Os três poderes, advindos das três funções citadas, são corolário disso, de modo que o poder seja exercido em prol do interesse social, do bem comum.

Com base nessas premissas é que se afirma que há de prevalecer na apreciação dos casos colocados perante a Justiça Eleitoral a presunção da legitimidade da vontade popular externada nas urnas e não julgamentos por presunções e indícios. Da mesma forma que temos exemplos de julgados que não seguem essa regra, também existem casos que apontam em direção contrária, a correta; daí a necessidade do respeito ao Art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, para que exemplos como esses se tornem regra,¹⁴¹ pois o respeito a vontade popular, a sua presunção de legitimidade deve ser norte para os julgadores.

¹⁴¹ ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL. PREFEITO E VICE. REPRESENTAÇÃO. ARRECADAÇÃO E GASTO ILÍCITO DE CAMPANHA (ART. 30-A DA LEI DAS ELEIÇÕES). OMISSÃO DE GASTOS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA JURÍDICA DA CONDUTA IMPUTADA. PRESUNÇÕES QUANTO A CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. PREJUÍZO DA AÇÃO CAUTELAR Nº 151-69/PE. [...] A conduta reputada como ilegal aos bens jurídicos eleitorais salvaguardados pelo Art. 30-A da Lei das Eleições, deve ser analiticamente descrita pelo magistrado, vedando-se, por isso, a aplicação de sanções eleitorais gravosas ancoradas em meras ilações ou presunções, sendo insuficiente a alusão genérica à (suposta) relevância jurídica do ilícito. É que, nos autos sustentasse não ser verossímil que uma campanha vitoriosa para o cargo de Prefeito tenha despendido apenas R\$

Importante discorrer sobre isso para se compreender e internalizar a maneira como as normas eleitorais devem ser produzidas e encaradas. Para tanto, deve-se entender que a competência legislativa em matéria eleitoral e processual eleitoral se faz a partir da leitura do Art. 22, I da Constituição Brasileira de 1988: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

De tal sorte, é privativa a competência da União para legislar sobre o que foi exposto; portanto quedam, sob um enfoque técnico científico, impossibilitadas de serem expedidas as Resoluções do TSE que regulem processo judicial eleitoral, a exemplo da 23.478, de 10 de maio de 2016 – Brasília/DF, por exemplo.

Voltando-se ao caso da Resolução 23.478, isso é importante para que se compreenda não só esse caso, mas as incompatibilidades tratadas ao longo deste item. Observe-se que tais atos administrativos existem a fim de regular ou complementar o que previamente já foi prescrito em lei. Em assim sendo, “Deve ficar claro que, na Administração Pública, não é competente quem quer, mas quem possui atribuição para tanto, a qual, por sua vez, é criada por lei” (COUTINHO; RODOR, 2015, p. 398), no Poder Judiciário não é diferente.

A aludida Resolução “Dispõe sobre a aplicabilidade, no âmbito da Justiça Eleitoral, do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 –, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016”, na linha do já citado Art. 15 do

14.406,00 (quatorze mil, quatrocentos e seis reais). 5. O postulado da razoabilidade consubstancia parâmetro normativo adequado para aferir a gravidade e a relevância jurídica do ilícito em processos, envolvendo a captação ou gasto ilícito de recursos em campanhas eleitorais, a teor do Art. 30-A da Lei das Eleições. 6. In casu, [...]. c) Partindo-se da premissa da incontrovérsia quanto aos fatos, não se afigura consentâneo com a axiologia constitucional reitora do processo político, que, dentre outros princípios, tem na soberania popular um dos pilares centrais, e que repudia, a meu sentir, o paternalismo judicial não justificado a sanção de cassação do diploma do candidato eleito com percentual superior a 50% dos votos. 7. A desconstituição do mandato eletivo de candidatos investidos pelo batismo popular não pode ocorrer sem a presença de lastro probatório consistente, pois, do contrário, significa impor a vontade judicial sobre as opções legítimas do eleitor, e materializadas na liberdade de escolher seus representantes. 8. As presunções como meio de prova, no sentido de que o abuso restava caracterizado ante o fato de que uma candidatura ao cargo de Prefeito não poderia custar apenas R\$ 14.406,00 (quatorze mil, quatrocentos e seis reais) conquanto suficientes para a deflagração da Ação de Investigação Judicial Eleitoral, são insuficientes para atrair as penalidades do Art. 30-A. 9. A aplicação da razoabilidade, em sua acepção de equivalência (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, p. 153-162), também desautoriza a conclusão a que chegou o aresto recorrido, máxime porque se verifica a desproporção entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. [...] 10. Recurso especial eleitoral provido, ficando prejudicada a Ação Cautelar nº 151-69/PE, vinculada a este processo. (TSE - AC: 00001516920146000000 SÃO JOÃO - PE, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 04/10/2016, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 19/12/2016, p. 28-29).

CPC/15, e tenta impor limites à aplicação supletiva e subsidiária das normas processuais civis no processo judicial eleitoral, usurpando, no nosso entendimento, a competência que caberia ao TSE.

É cediço, como já visto aqui, que essa aplicação subsidiária se dava antes do CPC/15, quando houvesse lacuna na legislação eleitoral e compatibilidade sistêmica, e agora se dará supletiva e subsidiariamente. Nota-se que a norma do TSE em questão é uma regulamentação não exaustiva sobre a aplicação do Diploma Processual Civil vigente no Processo Judicial Eleitoral (no âmbito cível), tendo afastado frontalmente alguns institutos novos, trazidos por essa legislação, tais como: a sistemática dos recursos repetitivos, a autuação de pedidos autônomos de tutela provisória em classe própria (serão autuados na classe de Ação Cautelar), a vedação a autocomposição, o cômputo do prazo em dias úteis e a impossibilidade de *amicus curiae*, por exemplo.

Ocorre que, embora tenha caminhado no sentido de tentar dirimir dúvidas, em alguns pontos tal norma do TSE as aumentou, ou criou, pois não definiu o que vem a ser a tal compatibilidade sistêmica (entendemos que, por conta do risco de falar o óbvio, vez que o Direito como um todo precisa de compatibilidade para ser aplicável), não trouxe uma estrutura principiológica para que os institutos do processo civil não pudessem ser aplicados e não trouxe saídas para a não aplicação de normas defasadas do ponto de vista temporal, caso do Art. 279 do Código Eleitoral¹⁴² (vez que não mais se forma instrumento nessas situações, dada a modificação da legislação processual civil anterior ao própria CPC/15).

¹⁴² Art. 279. Denegado o recurso especial, o recorrente poderá interpor, dentro em 3 (três) dias, agravo de instrumento. § 1º O agravo de instrumento será interposto por petição que conterá: I - a exposição do fato e do direito; II - as razões do pedido de reforma da decisão; III - a indicação das peças do processo que devem ser trasladadas. § 2º Serão obrigatoriamente trasladadas a decisão recorrida e a certidão da intimação. § 3º Deferida a formação do agravo, será intimado o recorrido para, no prazo de 3 (três) dias, apresentar as suas razões e indicar as peças dos autos que serão também trasladadas. § 4º Concluída a formação do instrumento o presidente do Tribunal determinará a remessa dos autos ao Tribunal Superior, podendo, ainda, ordenar a extração e a juntada de peças não indicadas pelas partes. § 5º O presidente do Tribunal não poderá negar seguimento ao agravo, ainda que interposto fora do prazo legal. § 6º Se o agravo de instrumento não for conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o Tribunal Superior imporá ao recorrente multa correspondente a valor do maior salário-mínimo vigente no país, multa essa que será inscrita e cobrada na forma prevista no art. 367. § 7º Se o Tribunal Regional dispuser de aparelhamento próprio, o instrumento deverá ser formado com fotocópias ou processos semelhantes, pagas as despesas, pelo preço do custo, pelas partes, em relação às peças que indicarem.

Embora haja casos em que o TSE, até mesmo antes do CPC/15, já tenha disposto sobre a compatibilidade e a aplicação,¹⁴³ ou inaplicabilidade,¹⁴⁴ de alguns institutos e possa haver ainda dúvidas sobre a aplicação ou não de outros, o mais relevante nessa situação é que não se subverta a ordem científica que engloba o raciocínio que deve direcionar a interpretação nesses casos, devendo sempre ter um viés constitucional.

A doutrina se posiciona da seguinte forma quanto a aplicação subsidiária supracitada:

A aplicação supletiva encontra campo no preenchimento de lacunas legais. É a técnica que justifica a aplicação do Novo CPC caso se considere que a lei eleitoral não apreciou, em seus procedimentos, material sobre fundamentação e garantias processuais fundamentais. Essa interpretação faz uma leitura do art. 23, da LC no 64/90, como instrumento omissivo e que, portanto, demandaria a suplementação de conteúdo por outra norma. Para Andrade Neto (apud TAVARES; AGRA, 2016), a fundamentação para essa leitura poderia ser encontrada no art. 2o, §2o, da Lei de Introdução às Normas do

¹⁴³ STF, PET 7.551, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 05/04/2018, Dje de 09/04/2018 (Atribuição de efeito suspensivo por simples petição, Art. 1.029, §5º, I, do CPC/15, na Justiça Eleitoral). TSE, AgRg no REspE nº 29946 - Juiz De Fora/MG, Rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, julgado em 24/09/2008, publicado em sessão no mesmo dia; TSE, AgRg no REspE nº 25099 - José Bonifácio/SP, Rel. Min. Antônio Cezar Peluso, julgamento em 25/03/2008, DJ de 23/4/2008 (aplicação do Art. 932, IV e V do CPC/15). TSE, ED no RO nº 1530 - Palhoça/SC, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 17/04/2008, DJe de 6/5/2008 (Aplicação do Art. 1.014 do CPC/15). TSE, AgRg no RCED nº 698 - Palmas/TO, Rel. Min. José Augusto Delgado, julgado em 14/08/2007, DJ de 20/09/2007 (aplicação do art. 1021, § 4º, do CPC/15). TSE, AgRg no RCED nº 698 - Palmas/TO, Rel. Min. José Augusto Delgado, julgado em 14/08/2007, DJ de 20/09/2007 (Art. 1.001 do CPC/15). TSE, REspE - nº 26146 - Barrolândia/TO, Rel. Min. José Augusto Delgado, julgado em 06/03/2007, DJ de 22/03/2007 (possibilidade do Ministério Público Eleitoral recorrer em RCED, com base no Art. 996 do CPC/15). TSE, AgRg no ED no REspE - nº 25567 - Mantenedópolis/ES, Rel. Min. José Gerardo Grossi, julgado em 13/02/2007, DJ de 16/03/2007 (Aplicação dos art.s 144 e 145 do CPC/15, regras de Suspeição).

TSE, ED no AI nº 6407 - Hortolândia/SP, Rel. Min. Antônio Cezar Peluso, julgado em 29/06/2006, DJ de 07/08/2006; REspE nº 18802 - Senador Guiomard/AC, rel. Min. Fernando Neves da Silva, julgado em 08/02/2001, DJ V. 1, de 25/05/2001 (Forma de contagem dos prazos, inclusive os decadências, excluindo o primeiro e incluindo, na forma do art. 224 do CPC/15, menos em relação a contagem em dias úteis). TSE, REspE nº 5282 - Rio De Janeiro/RJ, Rel. Min. Evandro Gueiros Leite, julgado em 23/09/1982, BEL V. 375, p. 548. (Aplicação do Art. 499, §1º, do CPC/15). TSE, REspE nº 80421, Rel. Min. Maria Thereza Rocha De Assis Moura, DJe de 23/10/2015 (Aplicação integral da LEF na Justiça Eleitoral, para cobrança de multas eleitorais).

¹⁴⁴ TSE, AgRg no AI nº 69210 - São João Do Paraíso/MG, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, julgado em 13/10/2011, DJE T. 214, Data 11/11/2011, P. 52. A impossibilidade de aplicação dos casos de ação rescisória do CPC, em hipóteses que não sejam as do Art. 22, I, "j", do Código Eleitoral. TSE, AgRg no REspE nº 31116 - Ouro Preto/MG, Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, julgado em 06/10/2008, Publicação na sessão do mesmo dia (Desnecessidade de publicação de intimação para processos de registros de candidatura). Súmula 728 do STF: É de três dias o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, contado, quando for o caso, a partir da publicação do acórdão, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12 da Lei 6.055/1974, que não foi revogado pela Lei 8.950/1994.

Direito Brasileiro. Segundo o autor, embora o Novo CPC, como norma geral, não revogue a legislação eleitoral extravagante, pois que especial, decorre do dispositivo da LINDB que as regras do Novo CPC incidem caso não haja normas processuais eleitorais.

[...]

Nesse caso, restaria patente uma situação de antinomia entre a LC no 64/90 e o Novo CPC e, para tanto, fala-se em aplicação subsidiária. O problema na aplicação subsidiária, acaso se entenda pela antinomia, é que aquela esbarra nas técnicas tradicionais de resolução de conflitos entre normas. (PEREIRA; MOURÃO, 2017, p. 135).

Há, em verdade, uma conjugação entre complementariedade e subsidiariedade, de maneira que o novo texto possa ser utilizado para dar nova ou outra interpretação a dispositivo do ramo do Direito, previsto para esta dupla função (subsidiária e complementar), sendo que “o juiz não está isento de explicitar em sua decisão a sua criteriológica racional com base na qual valorou as provas e de, com isso, permitir às partes impugnam objetivamente a valoração realizada”. (STRECK, 2018, p. 20).

O prisma da incompatibilidade entre algumas normas da legislação eleitoral específica e o CPC/15 deve ser aceito e trabalhado; aqui já colocamos essa situação, mas para fins e posicionamento do argumento trabalhado neste item, vale reiterar que, a citada resolução, por exemplo, no seu Art. 3º aduz que: “Aplicam-se aos processos eleitorais o contido nos arts. 9º e 10º do Novo Código de Processo Civil”.¹⁴⁵

Tais artigos tratam da obrigatoriedade, via de regra, de não se proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (Art. 9º) e de o Juiz não poder decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹⁴⁵ “Extraí-se das lições do hermenêuta que, sendo aplicável um artigo alocado como norma fundamental, os demais normativos deverão seguir a mesma sorte. Por isso correto reconhecer que além dos arts. 9º e 10, também se aplica ao processo eleitoral o art. 11, posto que alocados no mesmo grupo (normas fundamentais), bem como os arts. 371, 489, 927, 933 e § 1º, todos do NCPC, pois são desdobramentos do art. 9º e 10, do mesmo diploma. Aliás, destaca-se não sem razão os arts. 9º, 10, 11 e 15, todos do NCPC, são alocados sob o manto do título único – das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. Isso, além de atestar o caráter multidisciplinar do NCPC, repercute, também, na quebra do paradigma de que o Código aplicar-se-ia somente aos processos de natureza cível, mas sim, doravante, aos processos de toda natureza, conforme posto no já citado art. 15. Desse modo, sendo o NCPC uma codificação de normas procedimentais sob o norte da constitucionalização do direito processual, com nítido viés garantista, necessária é a sua aplicação aos processos de natureza eleitoral”. (ANDRADE, 2018, p. 423-424)

É a manifestação maior da premissa da não surpresa, da garantia ao contraditório substancial, com igualdade de oportunidades, dentro do processo, entre as partes, de paridade de armas, que deve permear o processo de maneira geral, mais notadamente no processo civil, como visto, aplicável integralmente ao eleitoral, ainda que o Art. 23 da Lei Complementar 64/90 esteja vigente, a despeito de ser totalmente incompatível com a referida premissa.¹⁴⁶ Aqui já se tratou disso algumas vezes, mas não custa frisar, que, enquanto princípio, é fator essencial para o efetivo exercício da Democracia, perfazendo-se como uma das linhas mestras do contraditório na contemporaneidade. (CARNEIRO, 2016).

Ressalte-se que os dispositivos supramencionados referem-se à proteção dada àqueles que estão dentro do processo, inclusive o judicial eleitoral, de não serem surpreendidos. Logo, – Por que justo dentro desse processo tão primordial para a Democracia brasileira não seria aplicado o conteúdo dos artigos que prezam pela não surpresa? Não é correto nem constitucionalmente adequado colocar tais normas em desuso.

Ao contrário, a Doutrina clareia essas dúvidas colocando de maneira límpida que tais normas são aplicáveis e devem ser fortalecidas para que o Direito das partes não reste prejudicado, isso se extrai das palavras de Wambier, Conceição e Mello (2015, p. 75):

O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão ‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as

¹⁴⁶ As linhas mestras do contraditório na contemporaneidade seriam a não surpresa e o direito de influenciar a decisão judicial pelas partes, conforme ensina Carneiro (2016, p. 91): “A garantia do contraditório pressupõe não só o direito de as partes serem cientificadas de todos os atos do processo, de apresentarem as suas manifestações e provas em igualdade de condições, mas também que elas sejam devidamente apreciadas pelo juiz por ocasião da decisão (Art. 489, § 1º) [...]”. O contraditório contemporâneo encontra-se escorado em duas linhas mestras: a vedação às decisões surpresa – corolário do direito de participação – e o direito de influenciar a decisão judicial, a qual tem no dever judicial de motivar a decisão o seu escudo protetor”.

duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata.

A Resolução do TSE ainda coloca que o prazo em dias úteis do Art. 219 do CPC não deve ser utilizado, devendo colocar-se em seu lugar o prazo do Art. 16 da Lei complementar nº 64 de 1990.¹⁴⁷ Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis, contudo a presente tese e este autor defendem que apenas em períodos eleitorais o prazo, por motivos de extrema necessidade de rapidez e fluidez, deve correr em dias corridos, assim como fala a LC 64/90.

Em uma visão que levaria em consideração o ambiente constitucional vivido no Brasil, percebe-se que métodos de solução de antinomias não resolveriam a questão de maneira simples, até porque se trata de algo complexo, assim como o Direito enquanto ciência o é. Os primados constitucionais basilares sempre apontam o caminho a seguir; não por acaso, eles são a base do Roteiro Hermenêutico que esse trabalho propõe estabelecer como ferramenta para um acontecer interpretativo adequado constitucionalmente.

Devemos levar em consideração também que a parte da Lei Complementar 64/90 que confronta diretamente com o CPC/15 trata de conteúdo próprio de lei e poderá se concluir que o caminho correto é aquele que garante a prevalência das bases principiológicas constitucionais que foram o alicerce do CPC/15, conforme aponta Streck (2018, p. 19):

É importante esclarecer que a matéria de Lei Complementar é somente a parte de Direito Material, isto é, para os casos de inelegibilidade! A parte processual pode ser alterada por Lei Ordinária. E/ou pode sofrer influxos de outra Lei, como é o caso do Novo CPC.

Da mesma maneira se manifestaram Pereira e Mourão (2017, p. 136-137):

Para além dos critérios tradicionais de resolução de antinomias prevaleceria o caráter axiológico do Novo CPC, ao garantir direitos processuais fundamentais, o que faz sentido se for considerada a ênfase que o movimento neoconstitucionalista confere aos princípios e à interpretação que se faz sobre eles.

¹⁴⁷ Art. 16. Os prazos a que se referem o Art. 3º e seguintes desta lei complementar são peremptórios e contínuos e correm em secretaria ou Cartório e, a partir da data do encerramento do prazo para registro de candidatos, não se suspendem aos sábados, domingos e feriados.

A aplicação dos dispositivos do Novo CPC encontra, portanto, respaldo em diferentes frentes. A iniciar pela própria redação do art. 15, do codex, que, somado ao fato de o art. 23, da LC no 64/90, trazer conteúdo de lei ordinária – de mesma natureza que o Novo CPC –, permite que o código seja aplicável supletiva ou subsidiariamente ao processo eleitoral da Lei das Inelegibilidades, a depender da leitura que se faz de como a lei aborda as garantias processuais.

O entendimento de que “quando uma lei complementar extravasa seu âmbito de validade, para disciplinar matéria de competência da lei ordinária da União, é substancialmente lei ordinária” (BORGES, 1973, p. 98) é algo consolidado na doutrina, devendo-se admitir então que o Art. 331 do CPC/15 tem aplicação ao Processo Judicial Eleitoral não havendo como se falar mais na possibilidade inquisitiva de o juiz ser ator principal do desfecho do processo, ou mesmo um interessado (que perderia a sua imparcialidade dentro do feito), atentando para *atos e circunstâncias, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que servem ao interesse público e a lisura eleitoral*. (STRECK, 2018).

A partir dessa construção, torna-se inadmissível a aplicação de um dispositivo como o Art. 23 da Lei Complementar 64/90 sem a prevalência dos dispositivos da legislação processual civil que garantem os primados constitucionais básicos. Mas infelizmente é comum já com mais de dois anos de vigência do CPC/15, nos depararmos com situações onde isso não acontece.¹⁴⁸

¹⁴⁸ (25/06/2018 – TRE-GO) Embargos Declaratórios no recurso eleitoral nº 670-28.2016.6.09.0128 classe 30 protocolo nº 167.553/2016 procedência: turvelândia go (128ª zona eleitoral - acreúna) ementa embargos de declaração. [...] Determinação de designação de eleição suplementar para os cargos de prefeito e vice-prefeito [...] De toda sorte, as nulidades processuais arguidas pelos embargantes já foram objeto de análise pelos tribunais eleitorais pátrios, que em reiterados julgados decidiram prestigiar a aplicação dos poderes instrutórios e investigativos conferidos ao julgador pelo Art. 23 da LC 64/90, para o efetivo esclarecimento dos fatos trazidos à sua apreciação, com o exposto propósito de preservar o interesse público na lisura eleitoral. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL. PRODUÇÃO DE PROVA REQUERIDA PELO MP. AUSÊNCIA DE COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS À AUDIÊNCIA. INDEFERIMENTO EM AUDIÊNCIA DE PEDIDO DE INTIMAÇÃO OU DE CONDUÇÃO COERCITIVA DAS TESTEMUNHAS FALTOSAS. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DO ART. 22, V DA LC 64/90 À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO. DIREITO À PRODUÇÃO PROBATÓRIA EM RAZÃO DA NATUREZA INDISPONÍVEL DO BEM JURÍDICO EM DISCUSSÃO. TESTEMUNHA. MUNUS PÚBLICO. CIRCUNSTÂNCIAS E CERCEAMENTO DO DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS. INTERESSE PÚBLICO INDISPONÍVEL. 1. Na esteira de entendimento do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, o comparecimento das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, como parte em ação de investigação judicial eleitoral, em audiência é voluntário, independente de intimação do juízo, nos termos do art. 22, V da Lei Complementar n.º 64/1990, em nome do Princípio da Isonomia. Todavia, em virtude de circunstâncias excepcionais, que reclamam proteção ao interesse público na apuração de fatos dotados de gravidade no processo eleitoral, tal regra há de ser ponderada, de sorte a prevalecer, no caso concreto, o direito à produção probatória. 2. Não tendo comparecido nenhuma das

Ter uma Lei em vigor e não aplicá-la sem que nada ao agente público faltoso aconteça é uma situação caótica, ao confrontarmos uma situação que está toda entrando em colapso. É normal perguntar-se o que motiva tamanha desordem, e o que pode ser feito para contornar o caos. No ano de 1969, um psicólogo de Stanford University executou o seguinte experimento: deixou dois carros em iguais condições em vias públicas de dois bairros diferentes, sendo que um desses era o Bronx, pobre e violento e ou outro era Palo Alto, pacífico e de maior renda.

O carro do Bronx foi vandalizado quase que imediatamente, já o de Palo Alto manteve-se intacto por uma semana, até que os pesquisadores quebraram um de seus vidros. Depois disso, o carro foi violado e destruído em poucas horas. Partindo dessa experiência, Wilson e Kelling (1982) formularam a Teoria das Janelas Quebradas que se coaduna perfeitamente à situação hodierna de caos na produção legislativa e normativa que se observa na seara do Eleitoral.

Ainda que ela se apresente num viés mais próximo da seara criminal, no momento em que se passa à perspectiva da ideia central, pode-se entender melhor como as coisas funcionam em determinados âmbitos do Direito, ou seja, entender a lógica que rege algumas condutas. Em sendo assim, depreende-se que “há relação de causalidade entre desordem e criminalidade, entre a não repressão a pequenos delitos e a criminalidade violenta”. (ODON, 2016, p. 10).

Na seara eleitoral, há patente desordem quanto à atividade legiferante do Tribunal Superior Eleitoral. Paulatinamente, o TSE conheceu a escassa atividade da União no que toca à legislação eleitoral e, com braços cada vez mais agigantados, foi tomando para si a voz e uma atividade de produção normativa que lhe não é devida.

Levemos em consideração o seguinte (HABIB, 2015, p. 252-253):

testemunhas arroladas pelo Parquet, mas existindo nos autos elementos que apontem a possível coação moral ou material das testemunhas como causa à ausência, é mister ponderar a regra contida no Art. 22, V da LC n.º 64/90 à luz do Direito constitucional que assiste às partes em produzir provas, e assim determinar que as testemunhas que se ausentaram sejam intimadas a depor e, não comparecendo, que sejam coercitivamente levadas a juízo para tal mister. 3. O princípio do contraditório tem como expressão material o direito de as partes influenciarem a decisão do juízo, por meio da produção de provas sobre os fatos alegados, as quais servirão de substrato para a decisão judicial proferida à luz do sistema da livre apreciação das provas. 4. Estando em voga interesse público no esclarecimento de fatos que apontem para a existência de conduta vedada a agentes públicos, captação ilícita de sufrágio, dentre outras condutas aptas a ferir bens jurídicos eleitorais, é mister colher a prova requerida. 5. Agravo a que se dá provimento (TRE-GO - REPRESENTAÇÃO n 890405, ACÓRDÃO n 11540 de 24/08/2011, Relator (a) MARCELO ARANTES DE MELO BORGES, Publicação: DJ - Diário de justiça, Volume 157, Tomo 1, Data 26/08/2011, p. 2). [...]”.

Se apenas uma janela de um prédio fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que passassem pelo local e vissem que a janela não havia sido consertada concluiriam que ninguém se importava com isso, e que em um curto espaço de tempo todas as demais janelas também estariam quebradas, pois as pessoas começariam a jogar mais pedras para quebrar as demais janelas. Em pouco tempo, aquela comunidade seria levada à decadência. Abandonado, o local seria ocupado por pessoas viciadas, imprudentes e com tendências criminosas. A comunidade seria abandonada e tomada por desordeiros.

Porquanto pelo trecho acima, percebe-se nitidamente o que este trabalho preconiza, que é o fato de precisar ser hercúleo o esforço, no sentido de estagnar e destruir a *roda* do desrespeito ao Art. 22 da Carta Magna brasileira, bem como a de todos os preceitos já defendidos neste trabalho, para que a *janela quebrada*, representada pelo respeito à designação de competência, seja reconstituída a fim de manter incólume o restante da estrutura do sistema judicial desse País.

Também é importante manter a higidez, no tocante à coadunação de atos administrativos, às normas processuais civis em voga. Quando um Código é editado, sendo seu conteúdo de aplicação subsidiária, é responsabilidade de quem cuida do manuseio dos atos seguir o estipulado em lei, podendo, quando devido, regular, complementar ou descrever algum dispositivo. Não faz jus à sua natureza retirar-se da arena onde é tratada a aplicabilidade de um artigo de Lei, por preferência ou decisão discricionária do Tribunal, principalmente quando a fundamentação do ato decisório dessa situação não fica clara.

Em tempos de ineficácia de normas, e na falta de efeitos sociais da legislação que queda sem alcance, a presente Tese intenta analisar, também, o que os textos eleitorais significam em termos sociais, políticos e como norte para uma decisão. Na história do mundo, sempre se soube que o povo precisa estar contente com a sua situação, e sua insatisfação é motivo de grandes abalos sociais, políticos e econômicos. Exemplo disso, em nossas terras, foram as Revoltas Emancipacionistas, motivadas pela não consecução de seus anseios, isto é, pela não conformação com sua realidade social, política, administrativa e financeira da sociedade.

Mesmo que nas precitadas revoltas houvesse motivação justa e idônea, nem sempre isso se coaduna com a realidade. Se antigamente, com rudimentares meios de comunicação, ainda se formavam fortes celeumas, imagine só hodiernamente, com o advento de outros meios ainda mais céleres. Nas atuais circunstâncias,

clamores se fortaleceram ainda mais. Passeatas em todo o País são marcadas por meio de grupos de *Facebook*; por exemplo, greves nacionais são coordenadas pelo aplicativo de comunicação rápida *WhatsApp*. A força da pressão popular é colossal e se espalha com uma rapidez imensurável.

Nesse cenário multimídia e hiperconectado, eis que se engrandece a modalidade simbólica do Direito, que poderia ser encarada como uma espécie de:

[...] produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve como, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo jurídico. [...] o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica. (NEVES, 2007, p. 30-31).

Como bem pode ser observado, na legislação simbólica, a opinião conta mais pontos no *score* da eficácia da norma. Perde-se a noção de Direito enquanto sistema que põe normas que devem ser seguidas; não existe na Constituição de 1988 nenhum dispositivo que permita que a eficácia da norma se pautem na valoração social que ela terá, muito menos há o que se falar, no Brasil, de Decisões tomadas por Magistrados que possam ser fundamentadas na “pressão popular”, “vontade geral” ou no “Gostar ou Não-Gostar do Povo”.

Pelo contrário, como já foi visto aqui, há dispositivos que discutem sobre como tornar a decisão mais objetiva e sistemática. Diante disso, o juiz intérprete, como afirma a doutrina, deve:

[...] no exercício de seu mister público, não pode [...] se quedar ante ao clamor da opinião pública, devendo estar isento de tal influência ao proferir seu julgamento, posto ser escravo da Constituição que rege nossa vida sob o crivo do Estado de direito. (OLIVEIRA; SAMPAIO, 2017).

A sociedade, em sua natureza, é ambiente de criação e nutrição de conflitos, e a figura do legislador, dentro da democracia representativa, é procurada para trazer a resolução daqueles. Cobra-se dele uma resposta para seus pontos de discussão. Tendo em vista que se houver uma lei que siga a valoração de

determinado grupo social, tal grupo acredita que suas crenças e opiniões serão validadas e reconhecidas como superiores.

A legislação com traços simbólicos, portanto, age como uma ratificação de valores. Dessa maneira, leis do tipo e, ainda, decisões que levam em consideração clamores populares sem maiores pesquisas no terreno do Direito constituem perigo gigantesco ao devido processo legal e a todas as outras garantias que dele se desdobram. A simbologia do Direito, a exemplo da seara penal, quando praticada, leva a um quadro de insegurança e à negação de Direitos Fundamentais; de maneira que, para atender a vontade da massa, emprestar sociologibilidade a um Direito, se desrespeita até a dignidade que o indivíduo tem de ter direitos. Assim ensina Sessa (2016, p. 20):

Ed è proprio alla luce di un tale ultimo assunto che il collegamento tra politica criminale simbolica e politiche della (in)sicurezza rivolte alla negazione dei diritti fondamentali appare, quindi, di tutta evidenza nel momento in cui, attraverso la incapacità di arginare derive securitarie di chiara marca autoritaria, si giunge a sacrificare il pieno rispetto della dignità dell'individuo nel suo diritto ad avere diritti.¹⁴⁹

Pode-se perceber, ainda, sobre essa situação, conforme a doutrina mais específica, que: “se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada “opinião pública”. (BARATTA, 1994, p. 23).

O uso frequente de tal técnica faz com que o sistema jurídico seja enfraquecido e humilhado, além de caminhar para o colapso; sendo que se nota “sob o estandarte da opinião pública que residem os atuais objetos do marketing político-criminal veiculados pela mídia e que são produzidos em todas as esferas de criminalização”. (DAVID, 2015).

Beck (2017) também traz em sua obra fator preponderante para a simbolização do Direito, a Sociedade do Risco. Em entrevista, o autor, ao ser perguntado sobre o que seria a Sociedade de Risco, responde que:

¹⁴⁹ Nesta passagem se vê que é precisamente à luz de uma última suposição de que a conexão entre política criminal simbólica e políticas de segurança voltadas à negação de direitos fundamentais parece, portanto, bastante evidente no momento em que, pela incapacidade de conter derivas de segurança de uma marca autoritária clara, chega-se a sacrificar o total respeito pela dignidade do indivíduo em seu direito de ter direitos.

Significa que vivemos em um mundo fora de controle. Não há nada certo além da incerteza. [...] O termo 'risco' tem dois sentidos radicalmente diferentes. Aplica-se, em primeiro lugar, a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável. Esta palavra também é comumente usada para referir-se a incertezas não quantificáveis, a 'riscos que não podem ser mensurados'. Quando falo de 'sociedade de risco', é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas 'verdadeiras' incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância.¹⁵⁰

No panorama da Sociedade do Risco, em que a maioria das pessoas está com medo o tempo todo, grande parte disso, influenciados pela mídia, o Simbolismo ganha lastro muito facilmente. É notório que animais, quando amedrontados, possuem duas ações precípuas, quais sejam, fugir ou atacar. Porquanto isso, em uma sociedade desarmônica, que não é completamente integrada a preceitos e procedimentos legais devidos, clama por segurança; e segurança que, ao seu leigo ver é igual a punição.

Diante desse cenário, a ordem jurídica precisa de ainda mais cuidado. Imiscuir-se em decisões do Poder Judiciário tem se tornado cada vez mais comum para parcela da população. Isso é ótimo, à medida que o cidadão se propõe a conhecer da lei e cobrar sua efetiva aplicação.

Mas e quando o cidadão comum entende que, a despeito da norma, seu subjetivismo é capaz de melhor guiar a decisão do Magistrado? E quando a população leiga cobra caminhos inconstitucionais de resolução das lides? O que acontece se a população em geral acredita que, a partir de pressão, pode formatar a decisão judicial? É sobre isso que vamos nos ater, no que tange ao que este trabalho entende como Direito Eleitoral Simbólico.

Fuziger (2015, p. 17-18) entende que o Direito Penal Simbólico é usado em “um cenário de temor generalizado, mediante a aplicação das normas com um caráter apaziguador”. Isso acontece porque as pessoas começam a acreditar que a Lei de Direito Penal é um milagre e que toda conduta ilícita será coibida por causa de punição desenfreada. O viés simbólico, em si, alastrou-se em várias áreas do Direito, contudo, se faz importante trazer à baila como ele se desenvolveu, do que se trata e como e se o ordenamento jurídico brasileiro o recepciona.

¹⁵⁰ Entrevista com Ulrich Beck, (INCERTEZAS..., 2016).

Para Zafaronni (2006, p. 77), o Direito penal simbólico se trata de um discurso que só traz tranquilidade através de uma solução ilusória, em sendo assim as leis simbólicas são cada vez mais frequentes: “O medo e o temor [...] estão diretamente relacionados ao misticismo por detrás da intervenção, e quando isso ocorre, a tendência é se dar mais importância a tal intervenção”. (BASTOS, 2011).

Entende-se que a Constituição tem um sentido sociológico intrínseco, que foi difundido por Ferdinand Lassalle, no seu Livro “*Que é uma Constituição?*” do ano de 1946. Nisso a Constituição seria “um conjunto de forças de índole política, econômica e religiosa que condicionam o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade”. (MORAES, 2016, p. 71).

Coexistem, nesse sentido, então, duas Constituições: a real e a escrita. A real é aquela em que se denominam os fatores reais de Poder na sociedade, os quais se reformulam com o passar do tempo e do lugar. Já a escrita é a do papel, a que foi positivada, nela os fatores reais de Poder passam por determinados procedimentos e se transpõem do mundo fático para a positivação. (MORAES, 2016).

Dessa maneira, compreende-se a necessidade de se prestar maior atenção ao dever de análise sociológica de normas legais, a exemplo das constitucionais e fazer a sua devida contextualização. Aquelas se põem no mundo e sofrem modificações semânticas decorrentes de metamorfoses sociais; e, para não perderem eficácia, seu sentido deve ser lavrado de acordo com a sociedade em seu contexto. Contudo, tal análise deve se dar em concomitância com a integridade do ordenamento jurídico, devendo os intérpretes terem uma decisão de maior complexidade e acuidade.

Portanto, mesmo tendo o magistrado o dever de cuidar de novos entendimentos e percepções que uma norma legal ou constitucional precisa ter em face de mudanças sociais naturais, ao mesmo tempo é seu mister observar como a análise social se coaduna ao ordenamento e como isso se faz a partir de procedimentos objetivos e legais, sem deixar que sua vivência social subjetiva adentre à decisão. É dizer, o sentido da norma toma contorno a partir de mudanças no âmbito social integral; contudo, o social particular do magistrado nunca deve fazer parte da decisão.

Nesses termos, convém diferenciar os termos “clamor popular” e “presunção do acerto da vontade popular” que é externada nas urnas, pois, mesmo ambos os

termos dizendo respeito ao que o povo admite como correto suas acepções e usos, são completamente diferentes.

Como clamor popular já foi tratado nesse trabalho, vamos nos ater a este de modo rápido; é basicamente aquilo que parcela da população, inflamada e com “sede de justiça”, grita que quer do trabalho de legisladores e magistrados – ainda que suas vontades digam respeito a respostas inconstitucionais e que, por vezes, fere até Tratados internacionais de Direitos Humanos.¹⁵¹

O clamor popular está intimamente ligado às insatisfações sociais amplas e profundas que a população acredita ser possível curar com perda de direitos, prisões abarrotadas e leis ainda mais implacáveis, e não pode ser confundido com “interesse público” nem “*lisura eleitoral*”.

No caso, a premissa da Presunção de Legitimidade da Vontade Popular que defendemos leva-se em consideração o que o povo decidiu nas urnas, de maneira que, para desfazer essa escolha popular uma presunção ou um indício, jamais seriam suficientes, de maneira que os representantes, salvo exceções pontuais, têm o direito de desenvolver seus trabalhos ainda que isso implique em “*desagrado popular*”.

O candidato eleito tem o direito de exercer seu mandato conferido pela vontade do povo, que pode até ter se modificado, após pouco tempo de iniciado um mandato, mas isso jamais será justificativa para a retirada de um mandato popular, como também não poderá se transfigurar em desrespeito à lisura eleitoral, pois se há uma presunção nesse campo é o da legitimidade da vontade popular.

As mudanças nesse jogo, via de regra, não devem se fazer pelo campo jurídico, mas sim na via política. No seu devido tempo, os detentores do poder terão, em uma Democracia, periodicamente, oportunidade de modificar suas escolhas; tudo no tempo definido pela Constituição Federal e pelas Leis, a regra não pode ser a mudança de mandatários via Judiciário nem pelo Legislativo.

O respeito ao tempo Democrático implica situações em que a vontade popular de um momento não pode modificar aquilo que as urnas decidiram, muito menos, repisa-se, por decisões judiciais fundamentadas em elementos frágeis, indícios ou presunções. Em um ambiente em que não se respeita a legitimidade da vontade popular, onde Tribunais acreditam que suas canetas valem mais do que o “confirma”

¹⁵¹ Como no caso do pedido de implantação de pena de morte para crimes determinados e que causam grande comoção popular.

que o cidadão dá em tempos de eleição, o risco para a incolumidade da Democracia é enorme.

Rosavallon (2010), quando discorre sobre ficções fundadoras, diz que a unanimidade sustenta a origem da Democracia, isto é, que ela representa a generalidade social. Do começo do século XX até mais ou menos a década de 1980 as formas cruzadas de legitimidades procedimental e substancial fundamentaram os regimes democráticos, contudo a partir daquela década as coisas começaram a mudar. A debilitação do sistema de dupla legitimidade deu-se a partir da necessidade geral de que valores como imparcialidade, pluralidade e compaixão se consolidaram. O autor ainda fala que a articulação das instituições da democracia eleitoral-representativa permite conciliar o fato majoritário com a ideia de unanimidade sob uma modalidade de tensão que respeite as duas respectivas exigências.

Segundo Pateman (1992, p. 25), a Democracia contemporânea “vincula-se a um método político ou uma série de arranjos institucionais nível nacional”. Ela ainda afirma que:

O elemento democrático característico do método é a competição entre os líderes (elite) pelos votos do povo, com eleições periódicas e livres. As eleições são cruciais para o método democrático pois é através delas que a maioria poder exercer controle sobre os líderes. A reação dos líderes às reivindicações dos que não pertencem à elite é assegurada em primeiro lugar pela sanção de perda do mandato nas eleições; as decisões dos líderes também podem sofrer influências de grupos ativos, que pressionam nos períodos entre eleições. (PATEMAN, 1992, p. 25).

Através do direito/dever do voto, o cidadão expressa sua vontade, escolhe quem ele quer que o represente; por meio de seus critérios subjetivos e das vivências, o indivíduo escolhe quem o entende, quem pode resolver as pendências sociais que o incomodam, e que traga soluções para a melhoria de vida da coletividade. Quem ele escolhe é a quem ele confia o Poder que é intrinsecamente seu e que ele designa a para outrem gerir em seu nome.

O representante é mandatário, a ele é dada uma missão de assegurar que a vontade popular concernente à concessão de sua parcela de Poder que é do povo seja administrada em prol de seus escolhidos. Essa estrutura democrática deve conceder estabilidade jurídica aos representantes. Não é concebível que esses e o

povo fiquem à mercê de atitudes solipsistas de um magistrado. O poder vem do povo e em seu nome é exercido, o Poder Judiciário não é a manifestação de outro Poder, é o mesmo, só que numa diferente instância, e não é ele sozinho que deve ter, a partir de livre apreciação de provas, indícios e o livre convencimento da Magistratura, o controle de tirar ou não o cargo de alguém devidamente eleito.

Conclui-se que a figura do magistrado não pode exercer suas atividades de acordo com os moldes de sua vontade subjetiva, não importando a má opinião que o público lhe tenha, caso decida de acordo com a Constituição, devendo a atuação ser pautada no ordenamento sem dele poder distanciar-se, já que se seguir por esse caminho todas as bases do Estado democrático de Direito poderiam ruir.

Mesmo que o Poder Judiciário no âmbito eleitoral seja tremendamente cobrado por setores sociais que inflamam discursos parciais e taxativos, ele deve se manter firme e jamais sucumbir à pressão que a sociedade coloca sobre sua instituição, decidindo em favor do ordenamento posto e contra o mais fervoroso dos clamores populares.

É impensável um Poder Judiciário que se ponha (ou seja posto) acima de todo o campo legislativo e constitucional, e se isso vier a acontecer o próprio Poder do Povo perecerá ante um Judiciário inseguro e gerador de inseguranças, enfraquecido, que não segue parâmetros objetivos de julgamento, e que não poderá representar, alcançar um sistema jurídico íntegro e coerente; porém, esse é um paradigma central do processo civil enquanto instituição e estrutura, na forma do Art. 926 do Código de Processo Civil de 2015, e cabe a nós, juristas, construir caminhos para chegarmos a essa postulação da lei, trabalhando para que a atividade judicial siga dentro de seus limites constitucionais. Daí a necessidade de verificarmos como o STF tratou desse tema quando teve oportunidade.

4.2 A ADI 1.082: um debate privilegiado sobre o papel do juiz na justiça eleitoral e a sua necessária releitura

O Magistrado responsável pelo julgamento dos processos judiciais eleitorais, da seara cível, contenciosa, é um garantidor e não um construtor de Direitos Fundamentais e individuais, como os políticos e os que remetem à participação popular, devendo atentar aos requisitos necessários para a conformação da decisão

judicial, a partir das regras gerais estabelecidas pelo processo civil, assim defende Cueva (2010, p. 123):

El juez se ha convertido en un garante de justicia y derechos fundamentales y, en el plano del derecho electoral, de derechos políticos de participación. Por tanto, debe ser imaginativo y creativo a la hora de aplicar e interpretar el derecho en la producción de sus decisiones.

Sin embargo, al igual que cualquier otro juzgador ordinario o constitucional, debe tomar en cuenta ciertos requisitos mínimos al momento de fundamentar sus sentencias, esto es, que sean claras, expresas, completas, legítimas y lógicas.

Destarte, a análise da ADI 1.082 tratou e trouxe limites à atuação judicial no Processo Judicial Eleitoral, estabelecendo premissas para a atuação do juiz na seara eleitoral. Importante, pois, compreender do que se trata esse tipo de processo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade é o modo precípua de realização de controle de constitucionalidade abstrata, possui competência e objeto legitimados para a sua interposição definidos.

Quem pode propor aquele tipo de ação são os descritos nos incisos do Art. 103 da Constituição Federal da República do Brasil: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O Julgamento, segundo a inteligência do inciso I, do Art. 102 da Carta Magna, compete ao STF no tocante a leis ou atos normativos, de maneira que o julgamento deste tipo de processo “[...] somente será efetuado se presentes na sessão pelo menos oito ministros, devendo-se proclamar a [...] inconstitucionalidade da lei ou do ato administrativo [...] se tiverem manifestado pelo menos seis”. (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1281).

Sobre a ADI em epígrafe, a mesma foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) no ano de 1994 sob o fundamento dos artigos parâmetros 1º, 2º, 5º, LIV e LV, 5º XXXV, 05º, "caput". 5º, XLI .5º, XXXVII, 5º, § 002º, 14, 93, IX, 95, parágrafo único, III. O Ministro Marco Aurélio, Relator, na oportunidade do seu voto,

já em 2014, a favor da improcedência (mais adiante se analisará detidamente os votos desse julgamento), comentou que:

A finalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado é possibilitar a elucidação de fatos imprescindíveis para a formação da convicção necessária ao julgamento do mérito. A iniciativa probatória estatal, se levada a extremos, cria inegavelmente fatores propícios à parcialidade, pois transforma o juiz em assistente de um litigante em detrimento do outro. (BRASIL, 2014).

Com base na manifestação do Ministro, poder-se-ia até entender que o desfecho seria favorável às pretensões da parte Demandante, contudo, como a história mostra, não foi isso que aconteceu. Entendemos que no raciocínio a ser empregado na análise desse julgado, deve-se levar em conta que a Justiça Eleitoral Brasileira é um caso à parte sob vários aspectos, tendo em vista que o sistema de contrapesos não é nela amplamente utilizado como deveria.

A diferença da Justiça Eleitoral fica bem estabelecida na doutrina (GUERZONI FILHO, 2004, p. 31-45):

Ela não apenas funciona como ramo especializado do Poder Judiciário, exercendo a função jurisdicional feitos eleitorais, como faz a administração de todas as fases do processo eleitoral, desde o alistamento dos eleitores até a apuração dos votos e proclamação dos eleitos. Não há, no Brasil, interferência legal, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, na administração das eleições ou na decisão final sobre o resultado dessas.

Um órgão com tanto poder de influência e com concentração grandiosa de possibilidades de interferir na escolha dos representantes da população, com o decorrer dos anos, implementou práticas que se assemelham a uma hermenêutica de conveniência; a saber, implantou modelos decisórios (não sendo razoável chegar-se a afirmar que houve uma preocupação com qualquer tipo de padrão, podendo se dizer que o padrão foi não haver padrão na formatação das decisões desta Justiça Especializada) juridicamente inseguros e cuja metodologia de interpretação está ao bel prazer dos juízes e de sua subjetividade, travestida de livre convencimento, de busca pela verdade real (como aqui já foi tratado em item anterior), não tendo se preocupado com os avanços científicos do campo da Hermenêutica Jurídica e, mais grave, resiste a absorção dos novos paradigmas do

processo civil, trazidos pela legislação positivada a partir do Código de Processo Civil de 2015, como já se comentou algumas vezes aqui neste trabalho.

Possivelmente essa resistência tem relação com as diferenças que este ramo da Justiça brasileira guarda quando comparado a outros ramos de Poderes Judiciários, ou até mesmo fora da estrutura de um Poder Judiciário de um país, que têm funções semelhantes em outros países,¹⁵² como na Finlândia, Estados Unidos, Alemanha, Itália, França, Chile, Uruguai e Argentina. Só para ilustrar, por meio de exemplos, no Chile, a atividade jurisdicional é separada da administração das eleições, aquela é feita pelo Tribunal Qualificador das Eleições, bem como Tribunais Regionais, e essa é de responsabilidade do Serviço Eleitoral, órgão autônomo, não integrante de nenhum dos Poderes do Chile.

No Uruguai, as questões eleitorais são de responsabilidade da Corte Eleitoral que não integra o Poder Judiciário, nesse país as tarefas de recepção e contagem dos votos são das Juntas Eleitorais Departamentais, há destaque também para a administração das atividades eleitorais em períodos eleitorais, realizadas pelo Escritório Nacional e pelos Escritórios Departamentais Eleitorais, subordinados à Corte Eleitoral.

Na realidade Argentina, os feitos eleitorais são de responsabilidade dos juízes eleitorais (1ª instância) e Câmara Nacional Eleitoral (2ª Instância). Nos Estados Unidos, cada Estado cuida das eleições no seu território, mesmo que sejam federais, onde há um chefe de eleições e a coleta e contagem dos votos ficam a cargo dos condados. A seara contenciosa eleitoral é responsabilidade dos tribunais ordinários. Nos EUA, existe a Comissão Federal de Eleições-FEC, que possui o dever de gerenciar o financiamento público federal das eleições. Na Itália, os governos locais ou comunais são responsáveis pela administração das eleições, no modo de Comissão de representantes locais; já a parte contenciosa é feita pelas Cortes de Apelação, em primeira instância, e em segunda pelos Tribunal de Cassação.

Na França, as responsáveis pela administração das eleições são as *mairies*, já o Governo nacional se responsabiliza pelo que é gasto no processo eleitoral. Em primeira instância o responsável pelas lides é o juiz da eleição; já na segunda, é a chamada Corte de Cassação. Por último, na Finlândia, a administração é feita pelo

¹⁵² Senado Federal (2000).

Ministério da Justiça, a fase judicial é de responsabilidade do Poder Judiciário comum.¹⁵³

Não obstante a Justiça brasileira ser considerada *sui generis*, no tocante à sua organização e atribuições, outro fator contribui para o atual estado de insegurança jurídica que permeia as suas decisões judiciais: a sua atuação que aponta no sentido de ter maior poder que a vontade popular posta à prova nas urnas, o que também pode ser verificado em sua atuação contramajoritária (quando em decisões que vão de encontro à vontade popular).¹⁵⁴

Esse tema já foi amplamente comentado neste trabalho, e, por esse motivo, não irá ser esmiuçado novamente; contudo, sua importância não deixa de ser altíssima, como também um elemento que ressalta a necessidade de se reconhecer os avanços da Hermenêutica Jurídica no âmbito da Justiça Eleitoral, implantando nesse ramo do Judiciário uma nova hermenêutica, ou simplesmente reconhecendo as construções científicas da Hermenêutica Jurídica contemporânea e aplicá-las, não permitindo que o Processo Judicial Eleitoral seja tratado de maneira não científica. O que seria essa a antiga hermenêutica que a Justiça Eleitoral, desde a Lei de Inelegibilidades até hoje, após o julgamento da ADI 1.082, se alinha?

Para se chegar à solução desta pergunta, primeiro, deve se entender o atual estado da Justiça Eleitoral. Como dito anteriormente, ela é detentora de um duplo papel: a feitura da Legislação e a organização do Processo Eleitoral. Isso, em si, já é um prelúdio do perigo ao qual os cidadãos, votantes e votados, estão à mercê.

¹⁵³ Senado Federal (2000).

¹⁵⁴ “Diante dessa realidade insofismável, os efeitos da decisão contramajoritária da justiça eleitoral ao reconhecer hipóteses de delito eleitoral ou causas para tanto (Isso quando se dá tal efeito próprio às decisões tomadas em ações de investigação judicial eleitoral que tematizem abuso de poder político, econômico ou dos meios de comunicação social; ação por captação ilícita de sufrágio, pela incidência do 41-A, da lei 9.984/09; representação por conduta vedada; recurso contra expedição de diploma; ação de perda de mandato eletivo; ação de impugnação de registro de candidatura; ação de repressão a gastos e arrecadações eleitorais ilícitas etc.), quando se trata de candidato eleito, são sempre erga omnes, nunca inter partes. Essa decisão tem efeito geral impactante sobre a real vontade das urnas, a soberania popular, vontade livre e democrática dos eleitores, candidatos e partidos políticos” [...] “No âmbito da doutrina constitucional (GARGARELLA, 1996), quando se fala no controle de constitucionalidade como instrumento contramajoritário de anulação da vontade dos representantes feitores de leis, se diz que o Judiciário, ao assim proceder, exerce poder contramajoritário, eis que uma minoria de homens (os juízes), sem investidura eletiva popular, invalida o trabalho coletivo de muitos, que o zeram em nome de seus representados, os cidadãos que os elegeram”. [...] “Em suma, a preocupação contramajoritária no âmbito da justiça eleitoral nos faz refletir sobre o real prestígio e valor que conferimos, entre nós, às “vontades populares”, à constitucional e sacra soberania popular. E em nosso sistema jurídico, calha lembrar, temos muitas vontades referidas como de origem popular, que recebem, cada qual, uma específica proteção normativa”. (ESPÍNDOLA, 2015, p. 277-278; 287).

Exemplo do que ocorre na Hermenêutica da Justiça Eleitoral de que o trabalho está aqui fazendo referência é a improcedência da ADI 1.082, a Petição Inicial da ADI, ao ser lida com cautela, traz muitas e ricas informações sobre como se deu todo o processo, a ADI, para começar, cita o Art 14 da CF/88,¹⁵⁵ Art. 7º e Art. 23 da Lei 64/90. Quando trata da legitimação do Impugnante, haja vista ser partido político (vide Art. 103, VIII,¹⁵⁶ CF), a competência originária é do STF, Art. 102, I,¹⁵⁷ a, CF, para julgar e processar ADI e alínea “p” sobre julgar e processar o pedido de medida cautelar a petição inicial que provocou este julgamento afirmou:

Cabe ressaltar as sábias palavras do seu redator, ao colocar que ‘ter-se-ia retornado às práticas da inquisição, ou às mais recentes do stalinismo ou do malsinado Ai-5... quem tenha sua inteligência arguida pode ser julgado, condenado, feito inelegível por três anos

¹⁵⁵ Constituição Federal: Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. § 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. § 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. § 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. § 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

¹⁵⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

¹⁵⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade [...] p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

(art.22, XIV, LC 64/90¹⁵⁸), por alguém que a norma infraconstitucional em tela investe de poderes absolutos imperiais, de o fazer baseado em fatos, presunções etc.. Que não constem dos autos, que sequer hajam sido indicados ou alegados pelo acusador... o julgado poderá condenar o acusado quando deva absolve-lo e absolvê-lo quando deva condená-lo.[...]. Portanto a) o jurisdicionado encontra-se sem segurança, b) o processo convertido num simulacro; c) o julgador investido de poderes imperiais, ilimitados, com ensanchar ao capricho e à manipulação política; e d) o sistema eleitoral transformado numa contratação. Afinal o julgador- admite a lei em foco' poderá julgar baseado em fatos, presunções circunstâncias 'ainda que não indicados ou alegados pelas partes'. (PETIÇÃO INICIAL, ADI 1.082, p. 7).

A improcedência da ADI 1.082 representa um pouco do perigo ao qual os cidadãos, votantes e votados, estão à mercê, pois significou entre outras coisas: a) ferir o princípio da igualdade, b) discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, c) agir em desfavor do contraditório e da ampla defesa e em favor do princípio da persuasão racional do juiz, ou seja, livre convencimento, que já foi tão amplamente rechaçado por esta Tese e pelo Ordenamento Jurídico brasileiro como um todo.

Incorre, ainda, na supremacia do ato volitivo dentro do processo decisório, podendo ensejar até perseguições políticas gravíssimas e plenamente fundamentadas em tais dispositivos, fazendo com que o Magistrado seja ativo, ainda que constitucionalmente vedado, na política, agindo como um Deus que escolhe quem pode e quem não pode ter acesso aos Direitos Políticos. Além disso, embasa ações no sentido de desarmonizar os *checks and balances*, bem como a separação e harmonia entre os Poderes (como diz o Art. 2º da Constituição de 1988).¹⁵⁹

¹⁵⁸ Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar a Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...] XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

¹⁵⁹ Art. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

As normas aqui comentadas da LC 64/90 se digladiavam, ainda antes do CPC de 2015, com a inteligência do Art. 5º, § 2º da Constituição Federal, haja vista que os direitos e garantias expressos na Constituição não fazem com que outros, seus e/ou internacionais, sejam excluídos do debate; isso porque o Brasil assinou tratados¹⁶⁰ internacionais que trazem direitos e garantias para quem está sob sua égide, inclusive no campo dos Direitos Políticos.

Sobre o bom direito requerido na inicial era “notório”, que poderia, indubitavelmente, ser percebido sem precisar de muitas teorias ou teses inovadoras, pois os arts. 7º e 23 da Lei 64/90 eram visivelmente atentatórias a um sem-número de princípios, direitos e garantias constitucionais, estes que já foram aqui explanados, como a petição tentou pontuar:

Por derradeiro, o ‘periculum in mora’, O País está às vésperas de uma eleição, e não uma eleição simples, mas uma eleição geral, quando o povo escolherá todo um escalão hierárquico de representantes, desde o mais alto mandatário. Deste tipo, a última que houve, data de mais de quarenta anos. Não escapará ao menos atento observador quão previsível se afigura o torvelinho de paixões que já ocorre e tende a acentuar-se, o vulcão de confrontos de tendências, a hipérbole dos ódios e amores, a voluta dos interesses, aspirações e ganâncias entrecrocantes. Permitir, então, que, em meio a essa agitação, se entregue a julgador poderes majestáticos, para além dos jurídicos, de condenar ou absolver, tornar alguém inelegível, ou apenar com detenção outrem a quem impute denúncia temerária ou de má-fé, a seu exclusivo talante, entregue unicamente à sua volição, julgar com base em ‘presunções’, ‘fatos e circunstâncias ainda que não indicados ou alegados pelas partes’, elementos, pois (se é que de elementos se podem chamar), que não residem no ventre do processo, dos quais não tomaram oficial ciência as partes (ou uma delas), que não resultam de provas, consequência, não facultaram o contraditório, que não viabilizar ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (PETIÇÃO, ADI 1.082, p. 16-17).

Dessa forma, o julgamento da ADI 1.082 pelo STF no ano de 2014¹⁶¹ é um alvo para todos aqueles que desejam compreender o atual estado da arte do

¹⁶⁰ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, a 16.12.1966, aprovado pelo Decreto Legislativo do Congresso Nacional de nº 226, de 12.12.1991 e promulgado pelo Decreto nº. 592, de 06.07.1992 {D.O. de 07.07. 1992}; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, adotado no âmbito da O.E.A. a 22.11.1969, e promulgado pelo Decreto nº 678, de 06.11.1992 (D.O. de 09.11.1992).

¹⁶¹ PROCESSO – ELEITORAL – ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR No 64/90 – JUIZ – ATUAÇÃO. Surgem constitucionais as previsões contidas nos artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar no 64/90, sobre a atuação do juiz no que é autorizado a formar convicção,

Processo Judicial Eleitoral, repete-se, com seu apego a uma hermenêutica ultrapassada, desalinhada com a contemporaneidade, pois dada a desproporcionalidade entre a importância deste julgamento para o Processo Judicial Eleitoral e a parca atenção que a doutrina eleitoralista destinou a esse julgamento, faz-se mais do que imperioso destinar espaço, no presente estudo, para este julgamento que poderia ter corrigido os rumos do Processo Judicial Eleitoral, fechado as portas à caça da verdade real, aos julgamentos teleológicos e trilhado um caminho para que a jurisprudência eleitoralista fosse mais coerente e íntegra, mas não o fez.

A partir dessa oportunidade tornou-se habitual vermos julgamentos com bases genéricas, vinculados a um argumento retórico qualquer, pois não extirpou o Art. 23 da Lei de Inelegibilidades, aqui já tão referido, e que foi moldado pelo Legislativo (conforme visto aqui anteriormente), para permitir ao Judiciário resolver discricionariamente as lacunas que a legislação penal não preencheu, ao não descrever as hipóteses de abusos de poder econômico, como pudemos verificar anteriormente ao analisar o processo legislativo que culminou com a aprovação do referido dispositivo de Lei.

É cediço que o papel do juiz no Processo Judicial Eleitoral transcende à sua posição tradicional de julgador de uma contenda, ele tem o papel de garantir a igualdade e a regularidade do pleito eleitoral, também, exercendo o controle sobre o processo eleitoral, no sentido *latu*; porém, isso não significa atropelar nenhuma premissa básica constitucional ou processual, de forma que não há salvo-conduto para a realização de interpretação que leve a permissão de julgamentos por presunção (algo que incrivelmente quase não foi analisado no julgamento da ADI 1.082), pois isso vai contra o Art. 93, IX, da própria Constituição.

No julgamento da aludida ADI, houve uma inversão de valores e uma atribuição de sentido extremamente controversa, por parte dos julgadores que finalizaram o julgamento do processo que ficou praticamente vinte anos em tramitação no STF. Entretanto, por mais paradoxal que possa ser, as chaves para a solução do problema, causado pela omissão da Suprema Corte do País ao apreciar esse processo estão nos votos dos ministros que participaram do julgamento.

atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados ou alegados pelos envolvidos no conflito de interesses.

As colocações do Ministro Ricardo Lewandowsky são um bom ponto de partida para a compreensão no sentido de que as bases do julgamento dessa ADI já ruíram:

Eu queria também expressar o meu voto no sentido de acompanhar o eminente Relator, dizendo, brevemente, que, no passado, na seara processual, imperava o antigo brocardo latino: *quod non est in actis, non est in mundo*; ou seja, tudo aquilo que não estivesse nos autos não poderia ser considerado, porque não estaria no mundo, pelo menos, no mundo jurídico. Hoje vigora um outro princípio importante, que é o Princípio do Livre Convencimento de motivado do magistrado; ou seja, ele não é mais, o magistrado, um nefelibata, alguém que vive numa torre de marfim, mas vive no mundo e deve considerar todas as circunstâncias que envolvem aquele processo que está em julgamento. E o que importa, e o Ministro-Relator salientou muito bem - para as partes, mais importante -, é o cumprimento do que consta no artigo 93, inciso IX, da Constituição, exatamente a fundamentação e a publicidade de todas as decisões. Portanto, por estas razões e por outras, muito melhor aduzidas pelo eminente Relator, acompanho-o integralmente.

O entendimento do referido ministro deve ser encarado como um respeito a posições da Corte, em relação especificamente a este tema do livre convencimento, pois se registram outros julgados em que firmam posição nesse sentido; portanto, o ministro não estava nadando em águas desconhecidas:

1. A preferência do julgador por esta ou por aquela prova inserida no âmbito do seu livre convencimento motivado, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comunhão estiver convencido da verdade dos fatos (STF – 1a T. – RE 656820 ED/RJ – Rel. Min. **Luiz Fux** – J. 06.12.11).

1. A preclusão é instituto processual que importa em sanção à parte, **não alcançando o magistrado que, em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender impres- cindíveis à formação de sua convicção.** 2. **Código de Processo Civil, artigo 130. Aplicação do Princípio Do Livre Convencimento do juiz, a quem cabe a direção do processo, determinando, inclusive, as diligências necessárias à solução da lide. Instrução probatória. Preclusão pro judicato.** Inexistência. Agravo regimental não provido (STF – Pleno – AR 1538 AgRg/MG – Rel. Min. Maurício Corrêa – J. 04.10.01).

O entendimento do Ministro poderia até ser baseado no que se tinha até então produzido no STF, com relação ao livre convencimento, mas a questão do Art. 23 transcende a isso; ou seja, quem pensa que o juiz pode ser um nefelibata são todos aqueles que acham que um Magistrado pode viver em outra realidade, nas

nuvens, que não deve encarar a realidade em que ele próprio vive, ou que se trata de um personagem que não tem a obrigação de obedecer a regras literais, ou até mesmo literárias, que o contexto em que ele habita lhe impõe. Enfim, não há nenhum registro de que haja alguém que firme algum tipo de entendimento neste sentido.

No entanto, a intervenção do então Ministro, Presidente do STF, foi muito precisa nesse ponto. Ele exarou entendimento, no sentido de que com base no Princípio do Livre Convencimento do Juiz¹⁶² esse mesmo personagem estaria autorizado a colher impressões e a andar fora do trilho do que existe dentro de um processo (a exemplo das presunções, dos indícios, dos fatos públicos e notórios, ainda que não indicados e alegados pelas partes, desde que todos esses, ou algum deles, de maneira individual fossem caros ao interesse público e à lisura eleitoral).

Antes de adentrar pela questão da relação entre livre convencimento do juiz e o Art. 23 da Lei de Inelegibilidades, toco aqui no ponto central desse dispositivo de Lei, que é um dos que registra a necessidade de se impor uma releitura da ADI aqui referida, pois esta é ímpar na legislação brasileira, seja em que área for. A liberdade, traduzida pelo ministro Lewandowsky como livre convencimento do magistrado, que esse ponto da Lei Complementar 64 de 1990 confere a atividade judicante da seara eleitoral, no entendimento da pouca doutrina que existe sobre o tema, significa, em outras palavras, que se trata de um antidireito, uma anti-ciência:

[...] com essa faculdade dada aos julgadores, não há previsibilidade, não há segurança jurídica, não há confiança legítima, não há contraditório, não há ampla defesa, não há devido processo legal no âmbito jurídico e jurisdicional que deveria assegurar a concretização do princípio republicano e democrático. (SALGADO, 2016, p. 343).

Não foram nem são poucos os que distorcem o Princípio do Livre Convencimento, motivado para fazer dessa premissa uma carta branca, para se julgar do jeito que se quiser, e não existe tal liberdade em um Estado Democrático

¹⁶² O livre convencimento do juiz “[...] situa-se entre o sistema da certeza legal e o sistema do julgamento secundum conscientiam. Neste último pode o juiz decidir com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos: é a chamada convicção íntima em que ‘a verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz’, que julga os fatos segundo sua impressão pessoal, sem necessidade de motivar sua convicção. Pelo Princípio da Certeza Legal, ao contrário, os elementos probatórios têm valor inalterado e prefixado, que o juiz aplica quase que mecanicamente. Já o livre convencimento leva o juiz a pesar o valor das provas segundo o que lhe pareça mais acertado, dentro, porém, de motivação lógica que ele deve expor na decisão”. (MARQUES, 1997, p. 275).

de Direito, produção extra autos pode servir a outras situações, mas não como fundamento de uma decisão a partir daquilo que se discute em um processo, não sem esse elemento alienígena aos autos ser submetido ao crivo do contraditório, dando às partes a oportunidade de falar sobre este na forma do Art. 10 do Código de Processo Civil de 2015, que está no Capítulo das Normas Fundamentais do Processo Civil; ou seja, é uma Norma Fundamental do Processo Judicial que se pratica na Justiça Eleitoral, que é de seara cível (quando se trata de processos cíveis eleitorais); e não seria coerente jamais se ter norma específica que fosse de encontro a essa norma geral. Observe-se o que ensina a doutrina sobre o tema:

No CPC/73 o sistema de valoração adotado era o da persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado, no qual o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significava que o juiz pudesse decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que fosse dado aos fatos alegados a devida consideração diante das provas produzidas.

No entanto, o sistema do livre convencimento motivado foi se distorcendo ao longo dos anos, e cada vez mais o juiz foi ficando livre na apreciação da prova. Diversamente do que deveria ser, esse sistema atribuiu ao juiz um poder descricionário de, conforme seus critérios pessoais, dizer quais provas são ou não capazes de formar o seu convencimento, gerando muitas vezes indignação das partes envolvidas no processo.

Com um pensamento diverso e um novo modelo processual, o Código de Processo Civil de 2015 altera essa sistemática e a expressão que tratava do livre convencimento foi retirada. (PENTEADO, 2016).

O mau uso do livre convencimento é reconhecido pela doutrina, e isso era um tanto forte no cotidiano forense cível; por isso, no Código de 2015, o legislador fez questão de retirar a expressão, bem como a utilização desse princípio no processo. O Deputado Paulo Teixeira, Relator do Projeto de Lei que culminou com a aprovação do CPC de 2015, assim pontuou dentro do processo legislativo que culminou com a aprovação do texto do Código:

[...] embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juizes e tribunais. Na medida em que o projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um

sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado coparticipação, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do livre convencimento. O livre convencimento se justifica em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável um tempo de democracia e autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão.

É notório que o Parlamento, quando da produção do Diploma Processual Civil brasileiro, conferiu a condição de nula à decisão baseada na invocação Princípio do Livre Convencimento do juiz, pois não mais há como se falar em decisões juridicamente válidas quando elas estiverem fundamentadas nessa premissa. Ou seja, o argumento do ministro Lewandowsky, quando da apreciação da ADI 1.080 ruiu a partir das mudanças nas normas básicas do processo, das modificações executadas na legislação, se o julgamento da referida ADI 1.080, que teve desfecho em 2014, tivesse esperado mais dois anos (e não seria absurdo, vez que a tramitação da aludida ADI foi de praticamente vinte anos) à luz da nova legislação o resultado poderia e teria que ser diferente.

Esse entendimento, quanto ao desfecho do julgamento da referida ADI torna-se mais forte a partir também da análise de colocações do Relator do Processo, ministro Marco Aurélio. Iniciamos apresentando o trecho em que ele faz um apanhado de todos os itens do Código de Processo Civil de 1973, que davam mais liberdade à atuação do magistrado e que agora restam todos superados pelo Diploma Processual de 2015, para realizar os atos de julgamentos de processo:

Nessa linha, no Código de Processo Civil de 1939, já se facultava ao magistrado considerar os fatos e circunstâncias constantes no processo, ainda que não alegados pelas partes (artigo 118). Normas no sentido de conferir maiores poderes ao juiz na condução e instrução do processo foram ampliadas no Código de Processo Civil de 1973 e nas sucessivas reformas. No tocante às relacionadas à produção da prova, menciono os artigos 130 e 131 do referido diploma, nos quais se autoriza, em âmbito genérico, o magistrado a estabelecer, de ofício, as provas necessárias. Em caráter mais específico, cito os artigos 342, 382, 418, 437 e 440, a permitirem ao magistrado, sem qualquer provocação das partes, colher o depoimento pessoal, determinar a exibição de livros e documentos, a inquirição de testemunhas e a acareação bem como a realização de perícia e inspeção judicial.

Com relação a este ponto, muitos são os dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, que mostram a possibilidade de decisões que tenham por razão o impulsionamento do processo ou o esclarecimento de situações que sejam cruciais para que o deslinde da causa (arts. 370, 371, 372, 421, 461, 480, 481 e 1.047) seja tomadas de Ofício (valendo colocar que, em alguns casos, o que era de decisão livre do juiz, como o depoimento pessoal das partes, Art. 342 do CPC de 1973, agora passa a ser possível somente a partir de Requerimento da parte interessada, Art. 385 do CPC de 2015).

Essa, definitivamente, não é a questão subjacente à incompatibilidade sistêmica do Art. 23 da Lei de Inelegibilidades com a Constituição Federal. Repetimos que não falamos aqui que isso se deu a partir de 2015, a sua inconstitucionalidade, para ficar claro, se deu desde a sua concepção, desde a ideia que permeou o processo legislativo que culminou na aprovação do Projeto de Lei que depois virou a Lei Complementar 64 de 1990 (aqui neste trabalho já mencionado).

Não há como se sustentar que o fato de o juiz poder decidir de ofício algumas situações que versam sobre a gestão e principalmente o esclarecimento de fatos e provas constantes nos autos o autoriza a decidir por presunção, inclusive com provas que estão fora dos autos, porque isso não seria adequado ao Art. 10 do CPC de 2015, aqui já referido; pois, antes de todas essas situações se consolidarem, principalmente se elas disserem respeito a juntada de provas aos autos, a outra parte ou as partes têm que ter a oportunidade de se manifestar sobre tais provas, antes de qualquer decisão ou desfecho do processo.

Isso porque antes de entender que é possível decidir com base em algum fundamento, podendo esse ser uma prova, deve o juiz dar às partes a oportunidade de se manifestar; ou seja, nem a sua atuação por ofício, na forma que o CPC de 2015, possibilita escapatória ao , estabelecido pelo aludido Art. 10, sob pena de nulidade da decisão, o que demonstra que o paradigma da gestão da prova no processo civil mudou a partir de 2015, embora tenha representado nada mais nada menos do que o reconhecimento das bases constitucionais do processo civil, devendo, pois, mudar também no Processo Judicial Eleitoral, vez que se trata de norma básica de processo.

Assim vem ensinando a Doutrina sobre o tema (MEDINA; WAMBIER, 2013, p. 69-70):

Assim, o princípio do contraditório caracteriza-se através da participação das partes no processo, e do diálogo que deve ter o órgão jurisdicional com as partes. Desta concepção do princípio decorrem várias consequências, como a de que não pode o órgão jurisdicional proferir decisão com surpresa para as partes. Reconhece-se que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se ex officio, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de 'decisão-surpresa' para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório.

Imperioso colocar, ainda, que essa produção probatória de ofício, como toda atuação judicante, tem limites a partir do Diploma Processual Civil de 2015, como precisamente ensina Streck (2016b):

Esse dispositivo se constituía no artigo 130 do CPC/73. Agora desdobrado em *caput* e parágrafo, não introduziu alterações sintáticas. Evidentemente, se o seu texto é o mesmo, a sua norma deverá ser diferente, na medida em que o CPC se inscreve em um novo paradigma de compreensão, isto é, do superado paradigma da subjetividade parte-se para a intersubjetividade. *Isso quer dizer que o juiz, quando agir de ofício, não terá a liberdade de convencimento ou a liberdade de apreciação do quadro probatório como tinha no CPC derogado.*

Mesmo que esteja autorizado a agir de ofício, não pode se colocar de um lado do processo, olvidando a necessária imparcialidade, que deve ser entendida, no plano do Constitucionalismo Contemporâneo, como o princípio que obriga o juiz a uma *fairness* (Dworkin), isto é, a um jogo limpo, em que as provas são apreciadas com equanimidade. Isso também quer dizer que, mesmo que possa agir de ofício, o juiz não o faça agindo por políticas ou circunstâncias de moralidade, e sim por intermédio dos princípios constitucionais.

Desta forma, não há como se negar o fato de o Código de Processo de 2015 ter uma trava para domar a atuação de ofício do Magistrado no processo, uma vez que não mais há atuação livre nem livre convencimento do Juiz nos paradigmas do processo civil, que agora se alinha claramente a um viés que supera a filosofia da consciência.

Visto isso, é relevante que sigamos na análise da manifestação do Ministro Relator, nas partes que interessam a este trabalho:

Considerada a existência de relação direta entre o exercício da atividade probatória e a qualidade da tutela jurisdicional, a finalidade de produção de provas de ofício pelo magistrado é possibilitar a elucidação de fatos imprescindíveis para a formação da convicção necessária ao julgamento do mérito. [...] A par desse aspecto, não se espera mais do magistrado uma atitude passiva, inerte, porquanto

imparcialidade não se confunde com indiferença. Abriu-se caminho para que possa suprir a deficiência da instrução. Da constatação da natureza pública da relação jurídico- processual e da busca da verdade real decorre a exigência de prática de atos voltados a viabilizar a formação da certeza jurídica e da tranquilidade necessárias ao julgamento do mérito. José Carlos Barbosa Moreira ensina que confiar ao juiz papel mais ativo na instrução do processo não resulta em instaurar o domínio do autoritarismo ou paternalismo ou em renunciar ao sistema adversarial. Consoante ressalta o estimado e acatado mestre, a ampliação dos poderes do órgão judicial não implica amesquinamento do papel das partes, nem eliminação ou redução das garantias a que têm jus, tampouco da responsabilidade que sobre elas pesa. Em outras palavras, para garantir a imparcialidade do Estado e o direito das partes ao devido processo legal, mais segura do que a proibição rígida de produção de provas pelo magistrado é a intransigência concernente à necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais, de acordo com o estado do processo, bem como a abertura de oportunidade para as partes contraditarem os elementos obtidos a partir da iniciativa estatal. São a indispensabilidade de motivação e submissão ao contraditório, nesse caso, os fatores a afastarem o risco de parcialidade e a viabilizarem o controle, a conduzir a eventual reforma ou à detecção de nulidade do ato judicial. Nesta ação direta, está envolvido processo eleitoral, a direcionar a direitos e interesses indisponíveis, de ordem pública. Por mais que se tenha buscado assentar a completa separação entre o direito de ação e o material pleiteado em juízo, revela-se inegável a influência exercida pelo objeto da causa no próprio transcorrer do processo. Em direitos de ordem pública, quando a possibilidade de transação, disponibilidade e decretação da revelia é eliminada ou reduzida, apenas para exemplificar, mostra-se evidente o maior interesse do Estado na reconstituição dos fatos. Em síntese, o dever-poder conferido ao magistrado para apreciar os fatos públicos e notórios, os indícios e presunções por ocasião do julgamento da causa não contraria as demais disposições constitucionais apontadas como violadas. A possibilidade de o juiz formular presunções mediante raciocínios indutivos feitos a partir da prova indiciária, de fatos publicamente conhecidos ou das regras da experiência não afronta o devido processo legal, porquanto as premissas da decisão devem vir estampadas no pronunciamento, o qual está sujeito aos recursos inerentes à legislação processual.

Ante o quadro, voto pela improcedência do pedido formulado na ação direta.

A fundamentação do voto do Ministro Marco Aurélio, em dado momento, caminha no sentido de quase fazer uma interpretação, conforme quando afirma que: “São a indispensabilidade de motivação e submissão ao contraditório, nesse caso, os fatores a afastarem o risco de parcialidade e a viabilizarem o controle, a conduzir a eventual reforma ou à detecção de nulidade do ato judicial”.

No entanto, não há um enfretamento nem uma projeção de como seria decidir por presunção e garantir um contraditório antes, como submeter uma presunção ao contraditório das partes, isso não tem lógica sob nenhum aspecto, em outras palavras, nesse trecho a decisão em comento não tem fundamentação, só argumentos retóricos.

Como seria submeter um indício às partes sem valorá-lo antes? Realmente seria um exercício indigesto, impossível de ser compatibilizado com o Art. 93, IX, da Constituição Federal, pois uma decisão deste jaez seria carente de fundamentação legal, descumpridora do Art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, seria fruto de motivação livre e isso não mais se admite mais na Carta Processual Civil Pátria firmada em 2015.

Então, por uma questão de adequação das posições do Supremo Tribunal Federal à realidade do sistema jurídico em que a Corte está inserida, se faz necessário que esse resultado seja relido pela doutrina, algo que este trabalho está se propondo; não há como se conformar com a inconstitucionalidade manifesta deste dispositivo que não foi reconhecida pelo STF em um julgamento no qual argumentos retóricos se destacaram e pouco se tocou no ponto nevrálgico deste dispositivo legal (a possibilidade de julgamentos, condenações, perdas de mandatos eletivos, com base em presunções e indícios).

É imperioso apontar-se o equívoco da Corte neste caso, não só pelo que trouxe o Código de Processo Civil de 2015, mas pelo que diz a Constituição desde 1988, de maneira que se reconheça o erro da Corte e para que possam as consequências deste resultado serem revistas pelos que fazem o cotidiano forense eleitoral. Assim esses profissionais poderão defender a Constituição e também possibilitar, a partir desta base, futuramente o STF rever essa posição, reconhecendo a incompatibilidade desse dispositivo legal com o Código de Processo Civil vigente, pois é fato, como visto aqui, que a novel legislação processual derrubou vários dos fundamentos e argumentos lançados pelos ministros da Suprema Corte quando do aludido julgamento.

Esse entendimento vem sendo esposado pela Doutrina, como bem assentou Andrade Neto (2018, p. 398):

Ou seja, as regras processuais sobre o processamento e o julgamento das ações que tem por causa de pedir os ilícitos eleitorais típicos e por objeto a cominação de inelegibilidade não são matéria

constitucionalmente reservadas a Lei Complementar. Ao optar por dispor sobre elas na LC 64/90, o legislador ordinário tornou-as formalmente lei complementar, mas materialmente, elas mantêm-se lei ordinária. Nesses termos, o art. 23 da LC 64/90 é, de fato, passível de revogação por uma lei ordinária posterior.

Convém enfatizar que um exemplo claro disso é que o texto do CPC de 2015 superou o princípio do livre convencimento motivado, um verdadeiro, segundo Andrade (2018, p. 417), “supertrunfo a fim de se legalizar a deficiência na fundamentação da decisão judicial, ou ainda, para salvaguardar violações a ampla defesa e ao contraditório”, tendo-o extirpado do texto normativo, não havendo como se falar em cumprir o que não mais está no texto da Lei vigente, que não mais existe em nosso ordenamento jurídico; além disso, é sempre importante ressaltar que se trata de argumento retórico, para que decisões sejam conforme a vontade de quem julga.

Esse também é o entendimento da doutrina de Salgado, Valiati e Bernardelli (2016, p. 352):

O livre convencimento, em verdade, possibilita uma postura ativista do Poder Judiciário, e tal postura deve ser combatida, pois permite uma lamentável atuação pragmática dos juízes nacionais. Em relação ao pragmatismo, Richard Posner, lembra que o pragmático defende que as normas jurídicas devem ser encaradas como instrumentais na consecução dos seus objetivos. Dessa forma, o pragmatismo afasta-se do formalismo, porquanto, de modo contrário a tal corrente, o pragmático ‘considera que os conceitos devem servir às necessidades humanas e, portanto, deseja que sempre se considere a possibilidade de ajustar as categorias do direito para que se adaptem às práticas das outras comunidades que não a jurídica’. (POSNER, 2009, p. 421-422). Os pragmáticos defendem, nesse vértice, uma ampliação das ‘fronteiras da interpretação’ (SALGADO, 2010, p. 86-88), na qual os magistrados orientam suas decisões em razão de suas consequências práticas. Em suma, o pragmatismo é uma rejeição da noção de que o direito é fundado em princípios imutáveis e permanentes.

Ademais, confirmando o entendimento de que o livre convencimento do juiz não mais existe no processo civil e no eleitoral, já vimos aqui anteriormente que o Art. 371 do Código de Processo Civil de 2015 afirma que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento”. A legislação anterior falava

em “apreciar livremente a prova”,¹⁶³ a legislação atual determina que ao juiz “apreciar a prova”.

O desaparecimento do termo “livremente” estabelece que a valoração da prova não pode ser feita pelo juiz de maneira livre, lançando mão de presunções, indícios, fatos públicos e notórios do jeito que o Art. 23 da Lei de Inelegibilidades prevê; não há liberdade para um julgamento nesses termos, pois se trata de ato necessariamente fundamentado de maneira tal a convencer os litigantes de que aquela é a escolha mais adequada do ponto de vista constitucional e não um mero ato de escolha.

Desta maneira, se faz necessário reconhecer que o conteúdo do aludido artigo da Lei de Inelegibilidades (o Art. 23) está com o seu conteúdo sobreposto pelo do Art. 371 do Código de 2015, pois não há como se compatibilizarem essas duas redações dos aludidos dispositivos legais, sendo que uma é norma fundamental de processo e a outra é uma tentativa do próprio parlamento de estabelecer uma excessão ao processo nos moldes até então conhecidos.

Aqui vale destacar que não cabe o argumento de que as normas teriam um descompasso hierárquico pelo fato da Lei de Inelegibilidades ser uma Lei Complementar e o Código de Processo Civil ser uma Lei Ordinária, pois a competência que a Constituição faz menção ser de natureza de Lei Complementar é exclusiva em relação as normas que tragam as hipóteses de inelegibilidades¹⁶⁴, todas as normas incluídas na Lei Complementar 64 de 1990, então, não têm natureza de Lei Complementar, são normas materialmente de Lei Ordinária, como já mencionado neste texto anteriormente.

Esse entendimento é compatível com os ensinamentos de Streck (2015):

E sei também que a Lei 64 é de natureza complementar. Ora, existem dispositivos de LC que são materialmente de lei ordinária. Caso contrário, todos os dispositivos sobre prova do CPP e do CPC

¹⁶³ Art. 131 do CPC de 1973: O juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento.

¹⁶⁴ O parágrafo 9º do art. 14 da Constituição Federal traz de maneira límpida que, fora as hipóteses de inelegibilidades que o próprio texto constitucional assenta, somente serão válidas normas que tratem de inelegibilidades quando as mesmas estiverem em Lei COmplementar específica para este tema: "§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta."

deveriam ser provenientes de LC. O artigo 23 é um jabuti posto na legislação eleitoral. *Afinal, qual a razão de a prova em matéria eleitoral ser mais 'flexível' e menos exigente em termos garantísticos do que as demais áreas?* Aliás, dá para ser um pouquinho mais contundente e dizer que, ainda que se admitisse que esse artigo 23 da LC 64 fosse constitucional (e não é!), o novo CPC revoga a LC 64 nestes dispositivos, que são materialmente objeto de lei ordinária. Afinal, a Constituição, no parágrafo 9º do artigo 14 (Emenda de Revisão 4/94 — nem vou discutir aqui a inconstitucionalidade formal dessa revisão inconstitucional) exige lei complementar em matéria de inelegibilidade e não em matéria processual, *verbis*: § 9º Lei complementar estabelecerá *outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação*, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Foi, aqui, o sapateiro além das chinelas. Ou seja, matéria de lei complementar é somente a parte de direito material, isto é, para os casos de inelegibilidade! A parte processual pode ser alterada por lei ordinária. E/ou pode sofrer os influxos de outra Lei, como é o caso do novo CPC.

Não há, pois, como se defender a desconsideração de uma norma do Código de Processo Civil por conta deste argumento, dado o fato de se tratarem de norma materialmente equivalentes, devendo prevalecer a norma processual civil tendo em vista, também (fora o aspecto da constitucionalidade da norma), a temporalidade mais recente da regra trazida pelo Diploma Processual Civil.

Nesse sentido, o Código avançou para diminuir as criações judiciais, frutos de vontades individuais dos julgadores, fato que já era preocupação até mesmo de quem foi responsável pela criação do controle de constitucionalidade das leis, procedimento até então não previsto no ordenamento jurídico americano. John Marshall, conforme ensina Guedes (2012):

John Marshall, para muitos, aquele que inaugurou, em *Marbury vs. Madison*, o ativismo judicial norte-americano (GOLDSTONE, 2008), ao firmar a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, como se sabe, não previsto expressamente no texto constitucional de seu país, expressava, já em 1824, em *Osborn v. Bank of the United States*, o seu mais intenso repúdio às consequências do ativismo judicial. Asseverou textualmente que 'os tribunais são meros instrumentos da lei' e, na sua atividade, não podem ter vontade própria: 'O Poder Judiciário nunca pode ser exercido com o propósito de dar efetividade à vontade do magistrado; (mas) sempre com a finalidade de realizar a vontade da legislatura, ou, em outras palavras, a vontade da lei'.

Continua, então, cabendo ao Juiz a valoração da prova, a gestão da prova, a função de trabalhar para definir a situação do processo a partir do que tenha sido demonstrado dentro dos autos, através de tudo aquilo que lá fora produzido, respeitando o direito de as partes falarem sobre o conteúdo presente naquele ambiente processual, sem surpresas.

Destaque-se que o Magistrado que age assim se estabelece como isento, imparcial; por esse caminho, permite-se a formação do entendimento que levará ao deslinde da causa; isso é o que se pode chamar de valoração democrática da prova. Nessa nova realidade não há espaços para valorações pessoais do magistrado, lições de moral. O convencimento do juiz, a partir do novo Diploma Processual Civil, passa a ter, mais do que nunca, limites; e a sua atuação parâmetros, como os estabelecidos pelo Art. 489, aqui citado anteriormente.

Voltando ao tema da colisão entre os dispositivos da legislação eleitoral e os dispositivos do Código de Processo Civil, resta indivudoso a prevalência da legislação processua civil, a sua aplicabilidade é algo que vem para melhorar a qualidade do processo judicial eleitoral, reduzir o nível de subjetivismo que era possibilitdo por dispositivos da legislaçõ eleitoral (tal como o art. 23, da Lei de Inelegibilidades).

Nesse sentido Streck (2015) também se posiciona:

Portanto, das duas uma: ou se aplica o CPC como uma forma de trazer garantias efetivas aos contendores no processo eleitoral (com respeito pleno aos ditames constitucionais) ou não se aplica. Mas, neste caso, também não se pode aplicar 'as partes boas', por assim dizer, como o poder de o relator (artigo 932) resolver monocraticamente os recursos. Ou a aplicação é em um todo coerente e íntegro (artigo 926-CPC) ou não se poderá fazê-lo *ad hoc*. Parece-me paradoxal que, para a discussão acerca de uma nota promissória ou uma cláusula de um contrato de *leasing* se tenha a garantia da não surpresa, com o reforço dos artigos 371, 489, 926 e 927 e, ao mesmo tempo, mantenhamos o poder de julgamento por livre apreciação de prova e por presunções justamente na atividade mais importante de uma democracia: uma eleição. Para dirimir um problema de divisão de um terreno, todas as garantias de contraditório, etc; *para o processo eleitoral, a possibilidade de a parte ser surpreendida e até mesmo de o juiz julgar por coisas que só ele percebeu, a partir da sua intuição ou algo correlato*. Afinal, o que é uma presunção? Como aferir isso? É por tais razões que coloco em xeque a validade do artigo 23 da LC 64. Primeiro, por sua incompatibilidade com a Constituição; segundo, por sua antinomia com o CPC; terceiro, porque o fato de se tratar de LC não quer dizer que ela mesma, a lei, não contenha dispositivos impróprios (por

exemplo, a CF determina que LC tratará de inelegibilidades; não tratou de matéria processual e probatória).

Desta forma, não é preciso grandes digressões para se compreender que esse movimento da legislação se deu para que o sistema jurídico se tornasse mais constitucional; legislações que retiram limites da atividade judicante não têm condições de serem consideradas democráticas onde haja um Estado Democrático de Direito cuja base jurídica se desenvolveu sob o sistema da *civil law*, pelo contrário, essa concepção de independência sem limites não é compatível com os princípios de uma democracia constitucional.

Sobre o tema Ost (2013, p. 709) ensina:

Ovvero *giustizia* e non magistratura - a differenza di Francia e Italia - per sottolineare l'importanza dell'interesse del servizio pubblico della giustizia al di sopra delle questioni proprie alla magistratura. Per molto tempo, in effetti, questa idea era ostacolata dall'Alta Magistratura, ancora legata ad una concezione troppo rigida di indipendenza. Alla fine l'idea di una indipendenza illimitata era apparsa incompatibile con i principi di una democrazia costituzionale.¹⁶⁵

Definitivamente, o Código de 2015 veio para colocar freios na má utilização de princípios que, em muitos casos, sequer são princípios; em argumentos que não são fundamentos, o texto do Diploma de 2015 trouxe os limites que o texto constitucional projetou para a atividade judicial dos magistrados, visando conferir segurança jurídica a atuação do Judiciário, sendo o seu papel caracterizado por uma nova dimensão. Nesse novo contexto, ele convive com os poderes das partes, todos são responsáveis por contribuir para melhor condução do processo, do ponto de vista democrático e processual, não sendo o ato de julgar algo que o torne escravo da intenção de alguém. Se sua atuação ocorrer dentro das regras, a atuação será imparcial; esse é o papel do Juiz também no Processo Judicial Eleitoral.

¹⁶⁵ Nesta passagem a doutrina de Ost (2003), numa tradução livre, coloca que a ideia de um Judiciário sem limites se trata de uma percepção sobre o que é Justiça e não tem relação com a atuação da magistratura - ao contrário da França e da Itália - para sublinhar a importância do serviço público de justiça acima das questões específicas do sistema judiciário. Durante muito tempo, de fato, essa ideia foi prejudicada pelo Supremo Tribunal italiano, ainda ligado a um conceito demasiado rígido de independência. Eventualmente, a ideia de independência ilimitada parecia incompatível com os princípios de uma democracia constitucional.

Serve ao julgador atuante neste campo as ressalvas necessárias a atuações de qualquer outro setor da Justiça, como bem ensinava o membro da Suprema Corte americana Antonin Scalia, trazido no ensinamento de Guedes (2012):

Com o mesmo propósito de afirmar a necessidade de o Juiz não se submeter ao desejo profundamente humano de impor a sua justiça, a sua visão política e a sua moral pessoal em prejuízo da justiça, do juízo político e da moral objetivamente conformados na lei, Antonin Scalia, para muitos, a maior inteligência da atual composição da Suprema Corte norte-americana, não obstante seu conservadorismo, em palestra proferida na Chapman Law School, em Agosto de 2005, com graça e ironia, fazia a seguinte advertência aos magistrados: se você pretende ser um juiz bom e confiável, você tem de resignar-se com o fato de que você nem sempre irá gostar das conclusões que você encontrará (na lei). Se você gostar o tempo todo (de suas conclusões), você provavelmente está fazendo algo errado.

Destarte, a releitura do julgamento da ADI 1.082, através dos novos paradigmas trazidos pela legislação processual civil de 2015, tomando por norte o texto constitucional, tem o potencial de lançar bases capazes de dar um norte à atuação jurisdicional no Processo Judicial Eleitoral, tomando-o como uma base para a consolidação da Democracia em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, em que a regra seja o respeito à Hermenêutica Contemporânea, o afastamento das presunções pessoais do julgador, de indícios, enfim, uma atuação em que a cognição pessoal do magistrado esteja alinhada com a Lei, e sua atuação respeite os limites legais e constitucionais impostos a atividade judicante, que deverá guardar coerência com o ordenamento jurídico que impõe decisões judiciais fundamentadas, como adiante se perceberá.

Sendo perfeitamente possível, devido as mudanças legislativas, capazes de provocar a revisão de paradigmas similares ao assentamento da constitucionalidade do art. 23 da Lei de Inelegibilidades na oportunidade do julgamento da ADI 1.082 pelo STF, que já vem sendo absorvidas pela sociedade e principalmente pela comunidade jurídica, como reflexo da própria evolução da ciência jurídica, pois é dever da Suprema Corte estar atenta às modificações sociais, legislativas e científicas, como defende Lyra Filho (1982, p. 121):

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que

definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.

Levando-se em consideração os ensinamentos acima, as modificações legislativas trazidas pelo Diploma Processual de 2015 trazem novas balizas para análise do controverso art. 23 da Lei de Inelegibilidades, sendo a defesa da sua inconstitucionalidade, do afastamento da sua aplicação um dever de respeito para com a Constituição Federal de 1988 e a Ciência Jurídica.

4.3 A Necessidade de Fundamentação das Decisões Judiciais Eleitorais e a sua Desconsideração pela Jurisprudência: quatro casos e um argumento

Enfrentados os diversos aspectos subjacentes às decisões judiciais na Justiça Eleitoral — tais como as tentativas, os esforços das escolas que lançaram os paradigmas positivistas, que privilegiaram o império da lei — o que se pode vislumbrar é que essa ideia possibilitou o exercício do arbítrio, de forma que o objeto que se busca na contemporaneidade, a partir do constitucionalismo hodierno, que tem textos constitucionais como base material e sempre estão a garantir uma forma que supera o tradicional formalismo positivista, se preocupa tanto com a solidez da motivação quanto com a sua correção, é a motivação formal e material das decisões judiciais, para que sejam seguras e estáveis perante um sistema jurídico estruturado.

Faz-se, então, imperioso que se adentre pela forma como as decisões judiciais na Justiça Eleitoral se dão e como deveriam se dar, tomando por base decisões emblemáticas que destacam principalmente a ausência de fundamentação legal adequada, ou então fundamentações que não se adequam àquilo que se entende como compatível com o sistema constitucional que se tem no Brasil.

Destacar a ocorrência dessas decisões é mais do que um alerta à doutrina, esta se preocupa com a produção da Justiça Especializada, que se destina a garantir a higidez das escolhas que se dão em um sistema Democrático como o que se vive no Brasil. Trata-se de um grito para que luzes sejam lançadas sobre as omissões que o cotidiano dessa Justiça demonstra, principalmente no que tange ao reconhecimento dos avanços da legislação processual civil que é plenamente aplicável ao Processo Judicial Eleitoral.

Não se pode olvidar, como já pontuado neste trabalho, que há uma abertura legislativa que leva às decisões deste ramo do Judiciário, para a estrada da insegurança jurídica, questão já analisada aqui e que demonstra a incompatibilidade desses dispositivos legais, também, com as inovações do processo civil. Torna-se interessante, então, compreender-se a necessidade da fundamentação de uma decisão judicial, inclusive sob o ponto de vista histórico e, de maneira amostral, por meio de cinco decisões simbólicas.

Iniciemos pela compreensão de como se construiu, no transcorrer dos tempos, a necessidade de se ter decisões judiciais fundamentadas; para tanto, vale se conhecer a história das normas, de onde elas provêm, sendo importante se começar pelo reconhecimento de que, antes de se estabelecer o dever de fundamentação das decisões, o Direito processual já era uma realidade e Direito processual implica em conhecer a história do próprio Direito, conforme escreveu Beltran (2005, p. 518):

[...] siempre que admitamos sin reservas que se entiende poco de las normas si no se sabe de dónde provienen, resulta lógico admitir también que conocer el Derecho procesal significa, prima facie, conocer la historia del Derecho.

A evolução do Direito do jurisdicionado em ter uma decisão proveniente do Poder Judiciário, fundamentada em alguma lei ou ato normativo válido, se trata de um largo processo de formação histórica em todos os âmbitos, do Poder Legislativo, da Jurisprudência e da doutrina.

Pode se reconhecer essa necessidade de fundamentação das decisões judiciais em quatro grandes sistemas, como expõe Gonçalves Pero (2001, p. 8):

No momento de hodierno, em grandes linhas, há quatro sistemas de motivação de decisões judiciais, consubstanciados em ordenamentos nos quais: (i) a motivação exhibe expressa dignidade constitucional (v. g., modelos italiano, espanhol, português, belga, grego, brasileiro); (ii) deita raízes em legislação infraconstitucional (v. g., modelos francês, austríaco, argentino, chileno); (iii) a motivação se radica no costume difuso jurisprudencial, sem que haja previsão constitucional ou legal (v. g., modelos inglês, escocês, canadense, australiano, neozelandês); (iv) apesar de sua invulgar importância político-ideológica, de instrumento de controle democrático e difuso do modo como o poder jurisdicional é exercido, sequer existe costume jurisprudencial em prol da motivação, não havendo previsão constitucional ou legal (v. g., modelo singularíssimo norte-americano).

Conte (2016, p. 77) dá conta ainda de um quinto sistema:

Faz jus a menção à parte, como quinto sistema de motivação de decisões jurisdicionais, o modelo alemão. Parece bem reafirmar que, apesar de não existir preceito expresso na Lei Fundamental de 1949 (Grundgesetz) tocante ao dever de motivar decisões judiciais, por interpretação sistemática de seu texto (Arts. 103, 1, e 20, 3, respectivamente), como projeção da garantia do direito de ser ouvido em Juízo, mediante audiência justa, e da subordinação do juiz à lei e ao Direito, extrai-se a seiva garantística da motivação, inerente ao Estado de Direito.

Isso é algo deveras relevante, para que haja uma compreensão clara, por aquele que se recusa a respeitar esse direito (o do jurisdicionado de ter uma decisão juridicamente fundamentada), de que não se trata de um capricho, mas sim de uma construção sólida que se integrou aos direitos dos cidadãos no constitucionalismo contemporâneo e nos sistemas jurídicos mundo a fora.

Santos (2011, p. 35) ensina, também, que a necessidade de fundamentação surge a partir da codificação processual no século XIX; assim ele coloca:

[...] el surgimiento normativo de la fundamentación de resoluciones judiciales en la época de la codificación procesal durante el siglo XIX. (ORTEL RAMOS, 1977). Es decir, de manera más o menos consciente buena parte de la doctrina que se ha ocupado de este tema adscribe la motivación judicial al positivismo jurídico y, concretamente, al positivismo normativista. De suerte que la necesidad de fundar on las resoluciones judiciales que se ha ocupado deste tema adscribe la motivacion judicial queda supeditada a su consagración legislativa, con independència de la razonabilidad intrínseca que tenga o no la propia necesidad de fundamentacion. Será la voluntad del legislador la encargada de marcar los limites precisos para el desenvolvimiento de la motivación judicial.

Esse entendimento também é compartilhado pela doutrina americana; esta defende que, nos idos do início do século XIX, na modernidade, é que se inicia tal postura que privilegia a fundamentação da decisão jurídica, fato introduzido pelos revolucionários franceses, que se opunham aos procedimentos judiciais secretos, com a obrigação de motivar as decisões judiciais, de forma que se teve somente no final de 1800 a ciência jurídica e a jurisprudência se aproximando. (DAWSON, 2015). Assim também entende Alfredo Gozaíni (2004, p. 430):

Conviene recordar que aunque es de origen anterior, es con la revolución francesa cuando surge la concepción moderna de

motivación, como *control democrático del ejercicio del poder jurisdiccional*, aunque referido solo a los elementos de derecho y no a los probatorios; sobre todo, después del artículo 94 de la Constitución de 1793: Los jueces ‘motivan sus decisiones’. La Constitución de 1795 en su artículo 208 agregó que ‘las sentencias debían enunciar los términos de la ley que aplicaren’.

Esse momento histórico em que essa exigência passa a ser necessária para a validade das decisões judiciais representa uma superação de decisões calcadas na consciência do juiz. Ou seja, sem praticamente nenhum grau de sindicabilidade, sem preocupação de conteúdo, mas tão somente com aspectos formais ou com expressões tais como: condeno ou absolvo. Nesse novo contexto, a exigência em questão se perfaz como instrumento de controle racional por parte também da sociedade.

Quanto a este ponto, é interessante colocar a reflexão de Conte (2016, p. 119):

Daí resulta que, além das partes (controle privatístico) e do juiz da impugnação (controle burocrático), despontam, generalizadamente, como destinatários da motivação, em sua tradicional função extraprocessual, também a sociedade, expressada na opinião pública, e cada cidadão, aos quais são atribuídos – da mesma forma que o ego é controlado pelo superego freudiano –, o direito de controle sobre a maneira pela qual o poder jurisdiccional é concretamente exercido (controle democrático e difuso franqueado ao povo, em cujo nome a sentença vem pronunciada). A dogmática da motivação, no campo externo ao processo, não representa um dos mananciais de interpretação e de apreçamento do decisum, mas, sim, matriz de conhecimento e mola propulsora de controlabilidade racional sobre os critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz. Consente, qual garantia contra o arbítrio de quem julga, compreender e valorar racionalmente as razões enunciadas na motivação como aptas a exhibir a sentença como válido exercício da jurisdição. Semelhante desígnio, para ser eficaz, reclama motivação completa, adequada e cônica.

Essa evolução foi fruto das escolas de pensamentos, desenvolvidas nas Universidades Europeias em um contexto no qual não havia ainda a consolidação do constitucionalismo contemporâneo.

É o que se pode perceber a partir do que diz Santos (2011, p. 71, grifo do autor):

Así las cosas, fruto de la difusión dei Derecho común elaborado en las universidades europeas se forma una práctica forense secular

cuanto menos ajena a la antigua costumbre de expresar los motivos dei fallo en la sentencia Salvioli expone claramente que la sentencia hasta finales dei siglo XVIII será valida si contiene el nombre del juez, refiere las partes dei proceso, haciéndose eco de lo pretendido en la demanda, y sustância sintéticamente toda la causa mediante la fórmula: *viso libello, termino impartito, testibus et positionibus visque videndis, visa citatione vel monitione ad sententiam* (SALVIOLI, 1969). A nadie escapan las razones que hacían conveniente tal práctica, expresivamente concluye el propio Salviou que mientras en el piano legal se exigia que la sentencia fuera redactada secundum allegata et probata, realmente la misma era dada secundum conscientiam dei propio juez, evadiéndose hábilmente de toda suerte de responsabilidad bajo la invocación de fórmulas solemnes huecas de contenido. El gran jurista italiano nos advierte elocuentemente que no se usaba expresar los motivos de las sentencias y que, incluso, se tenía por conveniente su omisión, bastando con seftalar el mero condemnio o absolvo para la sentencia de primera instância y el confirmo o infirmo en la segunda (SALVIOLI, 1921).

Durante esse período histórico, a exigência de fundamentação das decisões judiciais passa a se espalhar pelo continente europeu, inclusive do ponto de vista normativo, da mesma maneira que as aspirações liberais que afloraram em meio a toda a Europa, a partir da Revolução Francesa.

Dessa época em diante, os revolucionários detectaram a necessidade de se controlar a atividade dos juízes e exigir a fundamentação de suas decisões (juiz boca da Lei). Foi um instrumento utilizado nesse sentido, vez que a desconfiança da classe da Magistratura era uma realidade no corpo dos revolucionários, tanto que a Constituição Francesa do ano III, no seu Art. 208,¹⁶⁶ positiva essa obrigação de maneira que até hoje esse modelo pode ser percebido nas legislações do sobre o tema.

Essa constatação pode ser encontrada na Doutrina de Cueva (2010, p.11):

El apego a las reglas también afectó las actitudes hacia los precedentes judiciales, por lo que mucho antes de la revolución francesa el aparato judicial continental incorporó rasgos de profesionalización en los órganos decisorios, saturados de ramificaciones de un poder de muchos niveles y con total apego al legalismo lógico, contrariamente a lo que ocurriría en el *common law*. No obstante, no es sino como consecuencia de la tendencia pro motivacionista de la revolución francesa que se impone la obligatoriedad de motivar las resoluciones judiciales como consecuencia de la desconfianza en la magistratura. La ley francesa de 1790 formalizó

¹⁶⁶ Article 208. - Les séances des tribunaux sont publiques ; les juges délibèrent en secret; les jugements sont prononcés à haute voix ; ils sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée.

expresamente esta situación de la práctica diaria, pero se afianza con las Constituciones de 1793 y 1795. Posteriormente, en el siglo XVIII, se consolidó la carga legal de motivar las resoluciones judiciales con múltiples reformas legislativas —códigos sustanciales— y procesales, incluso este deber se volcó luego hacia las constituciones de los distintos Estados.

A partir daquele momento, a fundamentação obrigatória das decisões judiciais é alçada à categoria de Princípio Fundamental do Ordenamento Jurídico, isso no início do século XIX, o que nos leva a uma reflexão sobre as razões de ainda nos dias de hoje se clamar pelo cumprimento desse direito no Brasil, e em uma Justiça que serve de salvaguarda à Democracia.

Deve-se registrar que, mesmo com o Art. 93, IX, da Constituição Federal, fez-se necessário o advento do Art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, em que parte da Doutrina precisa lutar diariamente para se fazer cumprir esse dispositivo, pois, por mais difícil que possa ser se crer nisso, existe quem defenda que esse dispositivo afronta a autonomia dos Magistrados.¹⁶⁷ Mal sabem esses ativistas que o surgimento desse dever foi justamente para que os magistrados tivessem um apego maior a algo primordial para a sua atividade – a Lei.

Explicando a importância desse Direito, como ele se formou e como ele se espalhou rapidamente pelo mundo, temos também o ensinamento de Conte (2016, p. 62):

O pano de fundo do problema da motivação consistia na consagração da feição política do dever de motivar, a partir do advento da Constituição francesa do ano III, de 1795 (Art. 208), alçando a fundamentação obrigatória à categoria de princípio fundamental do ordenamento jurídico. A imprescindibilidade de o juiz motivar decisões judiciais fora nota essencial das mais admiráveis codificações processuais do século XIX. Com a promulgação do Code de procédure civile francês, de 1807 – código napoleônico (art. 141), corroborado na Lei de Organização Judiciária de 1810 (art. 7º) –, delineavam-se os primeiros passos do direito processual na alameda da modernidade, passando a legislação francesa a

¹⁶⁷ “O artigo 489 constitui a sela do juiz, aprisionando-o exatamente no ato essencial da prestação jurisdicional, que é o do proferimento da sentença. O juiz, que pode quase tudo na fase instrutória, quando vai julgar deve seguir um padrão, um roteiro extremamente prolixo, que vai muito além do necessário para cumprir o papel básico da sentença, que é o de definir quem tem razão. De fato, o que resulta dos artigos em questão é a inviabilização prática da elaboração da sentença, sendo que o propósito disso é incentivar que o juiz se volte, com todo vigor, à atividade de conciliação ou punir o juiz que se arvora em ser juiz, forçando, na lógica da sobrevivência, a se submeter às súmulas” (BORGES, 2016).

influenciar, máxime na primeira metade do século XIX, todo direito continental europeu.¹⁶⁸

Claramente a evolução histórica da necessidade de se motivar uma decisão judicial, deixando claro que, nesse caso, diferente do que alguns simplificadores brasileiros pensam, essa expressão significa declarar os termos da Lei aplicada, ou seja, declinar em qual dispositivo legal a decisão está calcada, não só informar uma razão, um argumento, uma situação processual, mas trazer a análise da concessão de uma demanda a partir de um direito existente em forma de Lei e não como a vontade de um juiz.

Mais especificamente, trata-se não de apenas explicar as razões da opção do julgador por uma das teses apresentadas pelas partes, de uma mera emissão de

¹⁶⁸ O mesmo autor, Francesco Conte (2016, p. 63-64) ainda descreve que: “Os ideais da doutrina iluminista, qual rastilho de pólvora, se propagaram a outros ordenamentos jurídicos e, naquele então, a motivação obrigatória e pública, com o afloramento de sua função política, encerrou instrumento de controle democrático e difuso sobre o modo pelo qual a justiça era administrada, sendo acolhida em inúmeros monumentos legislativos constitucionais e infraconstitucionais, exemplificativamente: Constituição da República de Bolonha, de 1796 (art. 129: Le sentenze sono ragionate e si pronunciano ad alta voce); Constituição belga, de 1831 (art. 97: Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique); Codice di procedura civile italiano, de 1865 (art. 436: La sentenza deve contenere l’indicazione del nome e cognome, del domicilio o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, i motivi, il dispositivo.), diploma de unificação da legislação processual italiana; Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola de 1881 (art. 372); Ordenações germânicas: a alemã Zivilprozessordnung, de 1877 (§ 284, atual § 313, e, para os julgamentos proferidos pelo órgão ad quem, § 540, 2.), e a austríaca, de 1895 (§ 414), obra-prima legislativa de Franz Klein, considerada o Everest do processo civil moderno. Sobreleva notar que, já no século XX, no campo processual civil, o dever atribuído ao juiz de motivar seus pronunciamentos de cunho decisório espalhou-se, em tom de peremptória reafirmação, pelo continente europeu: Codice di procedura civile italiano de 1940 (art. 132); no antigo Código português, português, de 1967 (art. 659) e no novel Código (Lei nº 41 de 26/06/2013, art.154, 1 e 2); Código belga, de 1967 (art. 780); no anterior Código francês, de 1975 (art. 455), e no novo Código, de 2001 (art. 455). Para além das fronteiras do velho continente, o preceito da obrigatória enunciação dos motivos das decisões judiciais correu o mundo e fez fortuna. Confirmam-se algumas amostras: Código de Processo Civil brasileiro de 1973, (arts. 131, 165 e 458, II), e no novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105, de 16.03.2015), proveniente do PLS 166/2010, do Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramitou como PL nº 8.046/2010 (arts. 11 e 489); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, de 1981 (arts. 163, n. 5 e 164); Código general del proceso de Uruguay, de 1989 (art. 197); Código de Procedimiento Civil de Chile, de 1902 (art. 170 (193), n. 4); Código de Procedimiento Civil de Ecuador, de 2005 (art. 276); Código de Procedimiento Civil da Colombia, de 1970 (art. 304); Código Procesal Civil do Perú, de 1993 (arts. 50, n. 6 e 122, n. 3); Código Procesal Civil de Paraguay, de 1988 (arts. 159 alínea “d” e 160); Código de Procedimiento Civil de Bolivia, de 1975 (art. 192, n. 2); Código Procesal Civil de Costa Rica, de 1989 (art. 155); Code de Procédure Civile d’Haiti, de 1964 (art. 282); Código Federal de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos Mexicanos, de 1943 (art. 222); Código de Processo Civil da República de Guiné-Bissau, de 1961 (art. 158); Código de Processo Civil da República de Cabo Verde, de 2010 (art. 151); Código de Processo Civil de Macau, de 1999 (art. 108); Código de Processo Civil da República Democrática de Timor-Leste, de 2006 (art. 123)”.

vontade do julgador,¹⁶⁹ mas de expor os motivos pelos quais se adotou um entendimento, mediante a análise dos pressupostos fáticos, probatórios e normativos, concernentes à questão analisada no processo.

Sob este aspecto, é interessante se colocar a doutrina de Cueva (2010, p. 50):

La motivación, adicionalmente, no es un simple expediente explicativo. Fundamentar una decisión es diferente a explicarla. Mientras que para fundamentar es necesario justificar los motivos que conducen a un razonamiento, mediante el examen de los presupuestos fácticos y normativos; para explicar se requiere solo de una simple indicación de los motivos o antecedentes causales de una acción, esto es, señalar el iter lógico que le ha permitido al juez o tribunal llegar a la decisión, sin mayores connotaciones intelectivas.

Essa é a tradição estabelecida nos países de tradição *civil law*, como o Brasil e a Espanha,¹⁷⁰ podendo-se afirmar, por meio da doutrina de De la Rúa (1991, p. 146) que: “La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión”, só assim se pode falar em acompanhamento popular dos trabalhos do Poder Judiciário, em sujeição do julgador à Lei, como entende Taruffo (1975, p. 409):

Non pare dubbio, inoltre, che l’obbligo costituzionale di motivazione sia un’espressione del principio della partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia, ed abbia natura di garanzia, strettamente connessa con i principi di indipendenza e di soggezione del giudice alla legge, e con la garanzia della difesa.¹⁷¹

Mais do que isso, a motivação se estabelece como elemento garantidor do Estado Democrático de Direito, tal qual um elemento intrínseco a esse tipo de

¹⁶⁹ “La motivación, por tanto, no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes en el proceso, sino que se refiere a que en los proveídos judiciales se exterioricen los razonamientos que cimientan y sustentan la decisión, que debe ser lo suficientemente clara para que sea comprendida y, de esta manera, se elimine la arbitrariedad”. (EL SALVADOR, 2013).

¹⁷⁰ Ao se referir a motivação da Sentença Judicial na Legislação Espanhola, Ascencio Mellado (1986, p. 4) afirma: “El relato fáctico no sólo debe incorporarse la narración de los hechos y la enumeración de las pruebas, sino también los motivos y razonamientos que han conducido al juez a dictar su fallo”.

¹⁷¹ Neste texto o autor entende que não parece duvidoso que a obrigação constitucional de motivação seja uma expressão do princípio da participação popular na administração da justiça, e é uma garantia, estritamente relacionada com os princípios de independência e sujeição do juiz à lei, e com a garantia de defesa.

organização estatal,¹⁷² que deve sempre se justificar sobre seus atos e decisões quando analisa casos concretos.

Certamente, tal avanço na garantia desse Direito teve a finalidade específica de evitar os arbítrios,¹⁷³ como explica Cueva, de maneira simples e didática (2010, p. 14): “En otras palabras, en los países que siguen la tendencia del *civil law* resulta indispensable que la fundamentación sea clara, expresa, completa, legítima y lógica con el fin de evitar el arbitrio ilimitado y la anarquía”.

Por essa razão, observa-se que o alcance desse direito de ter uma decisão fundamentada a partir de uma Lei existente é máximo, como bem explica Sauvel (1955, p. 47 e 48):

[...] bien quelle ne soit plus en vigueur, la constitution de l'an III conserve aujourd'hui encore un interet capital. Cest ell qui a formulé l'idée à laquelle nous obeissons. Elle exige un raisonnement explicite, formel, fait pair le juge, et elle ouvre ainsi la voie au merveilleux développement de la jurisprudence moderne. Les coitumes aiant disparu et aiant et replancees par le droit escrit, ce raisonnement trouve tout naturellement place entre la regle de loi a apliquer regle ui sera citée en entier ou simplement visée selon les cas, et le dispositive qui en fait applicacion à une affaire determinee. La longue évolution que j'ai essayée de resumer about it en l'an III lafirmacion d'un príncipe qui ne sera plus discuté. Tous les texeés suivanis parleront de jugemens mitivés, ariicie 7 de la loi du 20 de avril 1810, sur l'organization judiciaire et l'administracion de la justice, artique qui est ajourdhui le texte de base et don't il a et edit que le barreau devrait lui eleveer un monument de gratituede, article 141 et 433 du code de procedure civile, article 195 du code di'nstrucion criminelle dáutre encore; il nest pas besoin de les enumere.¹⁷⁴

¹⁷² “Pertanto, la necessità della motivazione motivazione non è solo contingente frutto di un particolare assetto costituzionale dello Stato, di una visione più o meno ideologica dello stesso, ma corrisponde ad un carattere intrinseco dell’ordinamento giuridico”. (MONTELEONE, 2013, p. 16).

¹⁷³ “La motivación de la sentencia es la fuente principal del control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar una garantía y evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad, es decir, que el razonamiento carezca de todo fundamento o bien sea erróneo”. (DE LA RUA, 1991, p. 146).

¹⁷⁴ Numa tradução livre pode se perceber a partir deste escrito que embora não mais em vigor, a constelação do ano III ainda mantém um interesse de capital. Foi ela quem formulou a idéia a qual obedecemos. Requer um raciocínio explícito e formal, o juiz faz um paralelo e, assim, abre o caminho para o maravilhoso desenvolvimento da jurisprudência moderna. À medida que os corolários desaparecem e são escritos e replantados pela lei escrita, esse raciocínio naturalmente encontra seu lugar entre o estado de direito a ser aplicado, que será citado na íntegra ou simplesmente referido como o caso, e o operativo que o aplica a um caso particular. A longa evolução que o autor tentou resumir no seu texto leva à confirmação no ano III de um princípio que não será mais discutido. Todos os textos seguintes versarão sobre os juízos ponderados, ariicie 7 da lei de 20 de abril de 1810, sobre a organização judicial e a administração da justiça, que é também o texto básico e que foi publicado pela Ordem dos Advogados deve levantar-lhe

A motivação, na forma aqui explicada, passa a ser a melhor e única via de controle sobre a atividade judicial, uma garantia efetiva de Justiça em um Estado Democrático de Direito. É uma trava para que o Poder Estatal não avance sobre os direitos individuais dos cidadãos.

Tal situação não é diferente na Justiça Eleitoral, nem no Brasil nem no Equador, só para citar um exemplo de outro país cuja tradição jurídica se assemelha a brasileira, como explica Cueva (2010, p. 108):

Para ello, es necesario contar con un cuerpo colegiado de jueces independientes e imparciales que únicamente respondan a la ley y la Constitución, con el fin de que se emitan sentencias o resoluciones ajustadas a derecho, es decir, que estén debidamente fundadas y motivadas. Esto significa que en un Estado constitucional de derechos y justicia, la motivación no es un mero formalismo procesal. Al contrario, su observancia permite a los jueces ordinarios y especializados conocer las razones en las que se fundan las autoridades u otros juzgadores para aplicar una norma, debiendo ser lo suficientemente clara como para que se elimine la arbitrariedad de los poderes públicos, lo cual no excluye a la autoridad electoral. En suma, la exigencia de la motivación supone condicionar la actuación judicial a un discurso justificativo que, por contener un criterio racional y vinculado a la Constitución y las demás leyes, es susceptible de ser compartido, o al menos aceptado, no solo por las partes del proceso sino por el conjunto de ciudadanos. Desde la perspectiva constitucional, la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, electorales y administrativas expresa una vinculación común con la ley que hay que conectar con el reconocimiento constitucional de legalidad, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad.

De maneira que não há como falar em cumprimento do devido processo legal se não estiver cumprida a obrigação de fundamentar a decisão judicial. Em não sendo cumprido esse dever, tal decisão pode ser considerada nula; assim é no Brasil (a partir do que reza o Art. 93, IX, da Constituição Federal, aqui já citado) e nos países de tradição semelhante, como é o caso da Argentina¹⁷⁵ e do Equador.¹⁷⁶

um monumento de gratidão, artigo 141 e 433 do código de processo civil, artigo 195 do código de direito penal criminal mais uma vez; não há necessidade de enumerá-los.

¹⁷⁵ “[...] el juez debe fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia”. Resolución N°. 229-2001, Juicio No. 168-2000, publicada en el r.o. N°.379 de 30 de julio de 2001 y Gaceta Judicial, Serie XVII, N°. 6, p. 1547-1559, específicamente, p. 1554.

¹⁷⁶ “Tal afirmación que debe ser analizada en relación con la motivación; garantía ésta del debido proceso que se encuentra consagrada en la Constitución Política de la república, la misma que en su Art. 24 numeral 13 dispone: Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho...; por ello con razón la doctrina manifiesta que: La motivación de la sentencia

A ideia de se fortalecer a necessidade do juiz, enquanto representante estatal, fundamentar suas decisões com base em leis válidas, era fazer o juiz atuar com o norte na própria legislação e não permitir a criação de novas situações não previstas pelo Poder Legislativo.

Conte (2016, p. 62) afirma sobre isso o seguinte:

A motivação passa a ser a única via de controle sobre o raciocínio judicial: é o transporte do padrão de raciocínio decisório ao raciocínio justificativo. O novo modelo de juiz não apenas aplica a lei criada pelos representantes do povo no Parlamento (ao contrário dos súditos, aos quais a lei era verticalmente imposta pelo soberano de cima para baixo), senão também é permeável ao democrático e difuso controle crítico popular sobre suas decisões, mediante a explicitação das respectivas razões justificativas. É precisamente este o ponto nevrálgico da consagração da motivação obrigatória e pública no quadrante da legislação revolucionária. Entretanto, não se pode deixar de dizer que a fundamentação das decisões judiciais, inobstante sua nova conotação política de inspiração democrática, esculpida pela pujante ideologia revolucionária, fora utilizada como ferramenta de controle endoprocessual e hierarquizado da legalidade da função judicial, também institucionalizada mediante o recurso de cassação, e do processo, no escopo de centralização e de estabilização da legislação.

Trata-se de uma medida de equilíbrio entre os Poderes, com caráter democrático, sendo que identificar nos dias de hoje pessoas, doutrinadores, que se posicionam contra esse Direito é uma demonstração de o quanto existem

constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión' (Fernando de La Rúa, Teoría General del Proceso, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1991, pág. 146). Debiendo observarse por tanto respecto a la motivación que la sentencia reúna los requisitos de ser clara, expresa, completa, legítima y lógica; ya que de lo contrario sería una resolución arbitraria o ilógica; y en la especie, como lo afirma el recurrente, la sentencia impugnada no ha sido debidamente motivada, ya que es una mera referencia al fallo dictado por el Juez de origen, defecto esencial que debe ser corregido en base al fundamento del recurso". Juicio N°. 185-2005 de 16 de abril de 2008. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en el Juicio N°. 035-2004 de 26 de agosto de 2004 publicado en el R.O. No. 3 de 25 de abril de 2005, cuando dice: "Cuarto: En el caso de la presente controversia, tienen razón los recurrentes, en cuanto a que la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil [hoy Corte Provincial de Justicia del Guayas], en su fallo totalmente escueto, 'no hace ningún análisis jurídico respecto de los hechos que configuran el despido intempestivo y que da lugar al pago de la jubilación patronal', pues, aún cuando la Sala de Alzada 'confirma la sentencia recurrida', se estaría incumpliendo con lo que manda el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil". No así en el Juicio N°. 245-2003 de diciembre 18 de 2003, publicado en el r.o. N° 393 de 05 de agosto de 2004, en el cual dicha Sala dispuso expresamente que: "...Cuarto: En cuanto se refiere a que el impugnado viola lo preceptuado en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, este tribunal advierte que lo contrario de lo que sostiene el casacionista, la Sala de Alzada ha analizado 'los puntos que ha decidido, los fundamentos o motivos de la decisión', con claridad y expresando las razones por las cuales rechaza la apelación.

pensamentos autoritários, descompassados com o ambiente constitucional, flutuando no espectro jurídico nacional.

Sendo espantoso que atuações jurisdicionais desse jaez se deem na Justiça, que tem por escopo a manutenção da ordem democrática, que é a Eleitoral, decisões sem motivação de cunho legal e sem preocupação com a fundamentação ladeiam a evolução, aqui já tratada, acontecida com o pós-positivismo jurídico, ocorrido no início da segunda metade do século XX a partir do fim da Segunda Guerra.

Ainda, contextualizando o desenvolvimento desse direito, se faz interessante anotar que, das legislações já vistas aqui, e que deram maior atenção a esse tema, destaca-se a da Itália. Esta, já em 1947,¹⁷⁷ alçou esse Direito à condição de pilar de sustentação do sistema jurisdicional do Estado italiano, de maneira que não mais se poderia falar, naquela realidade, em jurisdição sem motivação legal, coerente e suficiente. Isso significou uma mudança de paradigma na jurisdição, no seu exercício.¹⁷⁸

A inspiração dos novos tempos do pós-guerra deu o tom do novo texto constitucional italiano e trouxe essa quebra estigma, como bem afirma Dossetti (1994, p. 697):

¹⁷⁷ SEZIONE II - Norme sulla giurisdizione. Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non-può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

¹⁷⁸ "Trata-se de norma fundamental em tema de obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, em sua concepção democrática, a transpirar, sobretudo, sua função política e garantística, extraprocessual, no controle difuso sobre o concreto exercício da jurisdição". (NARDO, 1996, p. 379).

In realtà la Costituzione italiana è nata ed è stata ispirata - come e più di altre pochissime costituzioni - da un grande fatto globale, cioè i sei anni della seconda guerra mondiale. Questo fatto emergente della storia del XX secolo va considerato, rispetto alla Costituzione, in tutte le sue componenti oggettive e al di là di ogni contrapposizione di soggetti, di parti, di schieramenti, come un evento enorme che nessun uomo che oggi vive o anche solo che nasca oggi, può e potrà accantonare o potrà attenuarne le dimensioni, qualunque idea se ne faccia e con qualunque animo lo scruti.¹⁷⁹

A partir de então, as razões e critérios utilizados pelos representantes do Poder Judiciário no exercício da jurisdição passariam a ser acompanhados pela sociedade, pois o exercício da jurisdição era exercido em nome do povo,¹⁸⁰ fato que serve para, pelo menos em tese, proteger o cidadão de decisões desvinculadas a leis arbitrárias.

Essa onda atingiu a Constituição Alemã,¹⁸¹ a Espanhola¹⁸² e a Portuguesa¹⁸³ (só a título exemplificativo), que quando não repetiram os termos inaugurados pela legislação Italiana respeitaram as suas intenções, tudo no transcurso da segunda metade do século XX, e, com isso, houve a consolidação da posição de que se trata de um Direito fundamental do cidadão.

Assim reconhece também a doutrina de Conte (2016, p. 69-70):

¹⁷⁹ Esta passagem explica que na realidade, a Constituição italiana nasceu e inspirou - como é o caso de mais do que poucas constituições - por um grande fato global, ou seja, os seis anos da Segunda Guerra Mundial. Este fato emergente da história do século XX deve ser considerado, no que diz respeito à Constituição, em todos os seus componentes objetivos e além de qualquer justaposição de sujeitos, partes e alinhamentos, como um evento enorme que nenhum homem vive hoje ou só quem é nascido hoje, pode e vai deixar de lado ou será capaz de mitigar suas dimensões, seja qual for a idéia que seja feita dele e com qualquer espírito que você examine.

¹⁸⁰ TITOLO IV LA MAGISTRATURA SEZIONE I *Ordinamento giurisdizionale*. Art. 101. La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge. (A justiça é administrada em nome do povo. Os juízes estão sujeitos apenas à lei.)

¹⁸¹ I. Der Bund und die Länder Artikel 20 (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. [...]

¹⁸² La Constitución española de 1978. Artículo 9 - 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Artículo 120 1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

¹⁸³ Constituição Portuguesa. Artigo 205.º (Decisões dos tribunais) 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei. 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades. 3. A lei regula os termos da execução das decisões dos tribunais relativamente a qualquer autoridade e determina as sanções a aplicar aos responsáveis pela sua inexecução.

No quadrante dos direitos fundamentais transparece cristalino que, desbordante de seu viés puramente técnico-instrumental, a motivação experimentou, a partir dessa matriz europeia, abissal upgrade de significação, que vai além do pré-sal, com valoração nutrida de seiva essencialmente garantística. O acréscimo de sentido da motivação, exurgente dessa nova moldura institucional de garantias fundamentais conexas, além de imunizá-la contra a mutação de humores do legislador infraconstitucional, está justamente em radicar elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Caminhando também nesse sentido, a doutrina portuguesa reconhece a condição dessa pilastra do sistema jurídico, que serve também para o estabelecimento de outros princípios imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito.

Tal conteúdo é verificado na obra de Almeida (2012, p. 2526-2527):

Na doutrina portuguesa Canotilho vislumbra na hipótese de fundamentação da decisão judicial um corolário do devido processo legal, destinado a materializar o valor justiça, concretizando o Estado Democrático de Direito. E continua ressaltando três razões que demarcam o princípio, quais sejam: o controle da administração da justiça; a exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; a melhor estruturação dos eventuais recursos permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais que foram objeto de impugnação recursal.

Isso é o que se espera a respeito de um tema que é tratado na legislação lusa (inclusive quando ainda aplicada no Brasil). Desde as ordenações afonsinas que, no Livro III, Título L, no item 3.69, já fazia menção a fundamentação das decisões judiciais finais¹⁸⁴ e depois nas ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXVI, 3.66, § 7.¹⁸⁵

¹⁸⁴ “Todo julgador deve fer bem avifado, quando o Feito for concluzo fobre a definitiva, que veja, e examine com boa diligencia todo o proceffo, affy o Libello, como a conteftaçam, artigos direitos, e contrarios, e os depoimentos a elles feitos, e dê y as Inquirioeens do principal, contrariedade, contraditas, e reprovaa, e dos embarguos á definitiva dados, e prova feita a elles, e as rezoeens aleguadas de huua parte, e da outra, e affy de Sentença definitiva fegundo o que achar provado de huuma parte, e da outra, ainda que lhe a confciencia dite, ou diga o contrario; porque fomente ao Principe he dado, e outorguado per Direito, que julgue fegundo fua confciencia; e aos outros Julgadores he mandado que julguem fegundo o que acharem aleguado, e provado pelos Feitos: falvo fe o Julgador viffe alguma coufa como Juiz em auto Judicial; ca em effe cafo poderá julgar fegundo fua confciencia conformada áquelle, que viffe como Juiz, ainda que achaffe provado o contrario pollo Feito.”

¹⁸⁵ “E para as partes saberem se lhes convêm apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os

Só que nessa legislação havia um detalhe deveras interessante, qual seja, a previsão de multa aos que não respeitassem a necessidade de fundamentação das decisões; mudança introduzida pelo Alvará Real, com força da Lei de 16 de setembro de 1814,¹⁸⁶ que, se implantado nos dias atuais, certamente seria de boa valia para o incentivo ao cumprimento do Art. 489 do Código de Processo Civil, que é a expressão desse dever do julgador na atualidade, plenamente aplicável, por dever de respeito a lei, no Processo Judicial Eleitoral, como aqui já fora delineado anteriormente.

E esse dever de fundamentação na seara eleitoral deve ser mais do que redobrado, pois, antes de tudo, se trata de uma Justiça que tem por dever garantir os direitos políticos dos cidadãos a ela submetidos, como acontece não só no Brasil.

Prova disso é a situação, aqui já referida, do Equador, como explica Cueva (2010, p. 1):

En este sentido, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un principio en cuya virtud toda orden o mandato del juez debe ser fundamentada, es decir, se debe enunciar las normas o principios en que se haya basado y explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Esto no es nuevo en nuestra historia legislativa, pero sí resulta novedoso que conste como precepto constitucional desde la codificación de la Constitución de 1998 y, actualmente, en el artículo 76 numeral 7, literal l) de la Constitución vigente.¹⁸⁷

Pode-se afirmar, então, que o estabelecimento desse direito é uma conquista do mundo civilizado que se formou após a Segunda Guerra Mundial, por meio de uma ideia constitucionalista que se instaurou principalmente no Ocidente. É extremamente intrigante que nos dias de hoje ainda haja quem defenda a

juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declararem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar”.

¹⁸⁶ “II. Exigindo a boa administração da Justiça e o bem dos meus fiéis vassallos, pela desproporção dos tempos no aumento dos valores, que se elevem ao tresdobro as cenas e multas e dinheiro, que se acham nas ordenações: daqui em diante se entenderão com o acréscimo de duas partes mais, na conformidade do que mando praticar com as alçadas; o que se observará também nas taxas para libelos, gabelas, provas por escrituras e insinuações, segundo a disposição das Ordenações do liv. 30. tits. 30, 84, 59, e liv. 40. tia. 62, e em todas as mais da lei do Reino em que não tiver havido determinação especial e posterior”.

¹⁸⁷ El Estado constitucional de derecho pretende no solamente limitar y estructurar la administración de justicia, sino propender a una justicia imparcial, independiente y garantista del sistema jurídico [N. del E.].

desnecessidade do cumprimento dessa obrigação, e, pior, que existam legislações que proporcionam a produção de decisões em desconformidade com direito a uma decisão constitucionalmente adequada (STRECK, 2016) e com o Estado Democrático de Direito, como anteriormente aqui já foi afirmado.

A partir da constatação da resistência ao dever fundamental de alicerçar decisões judiciais, nota-se a busca efusiva por justificativas, que chamam a atenção para utilizar a interpretação teleológica nesse sentido.

Quando não se valem delas sem fazer expressa menção, mas somente uma busca de “cumprir” (ou estabelecer) um sentimento de justiça, esquecem-se de que as decisões podem servir de parâmetro para outras, com o mesmo equívoco e a mesma ofensa à Hermenêutica Contemporânea e à resposta constitucionalmente adequada – RAC. (STRECK, 2018).

Passando-se aos casos emblemáticos da Justiça Eleitoral, em que esse direito não foi deveras respeitado, lançando mão do uso da interpretação teleológica, inciamos por uma em que o Tribunal Superior Eleitoral, munido do mesmo sentimento que esposou a retirada brusca do direito constitucional ao estado de inocência, por decisão do Supremo Tribunal Federal, que aderiu à tese de cumprimento da pena a partir da condenação ou confirmação da condenação em segunda instância,¹⁸⁸ declarou, de forma incidental a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015.¹⁸⁹

¹⁸⁸ HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016; ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

¹⁸⁹ Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do País nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias. § 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, *após o trânsito em julgado*, a realização de novas eleições, independente do número de votos anulados. Na ADIN Nº 5.525, o STF pronunciou pela inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado”, hoje considerada não escrita no texto normativo por força da referida decisão. Resumo do julgamento: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação, para declarar a inconstitucionalidade da locução “após o trânsito em julgado”, prevista no § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, e para conferir interpretação conforme a Constituição ao § 4º do mesmo artigo, de modo a afastar do seu âmbito de incidência as situações de vacância nos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, bem como no de Senador da República, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio, e após o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que divergia em parte do Relator, para julgar inconstitucional o § 4º do art. 224 do Código Eleitoral também no tocante à vacância dos cargos de Governadores, Prefeitos e seus Vices, o julgamento

Assim, o TSE, no julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral (ED-Respe) 13925,¹⁹⁰ reconheceu os efeitos do cumprimento imediato da decisão de cassação de mandato e/ou diploma, após o esgotamento das vias ordinárias; ou seja, quando julgados, e encerrados os recursos cabíveis,

foi suspenso. Falou, pelo *amicus curiae* Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - CLÍNICA UERJ DIREITOS, o Dr. Daniel Sarmento. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. - Plenário, 7.3.2018. (BRASIL, 2016).

¹⁹⁰ ELEIÇÕES 2016. REGISTRO. CANDIDATO A PREFEITO. INDEFERIMENTO. EMBARGOS. OMISSÕES. ART. 224 DO CÓDIGO ELEITORAL. 1. As questões de ordem pública também estão sujeitas ao requisito do prequestionamento. Precedentes. N° de casos, os temas apresentados pelo embargante não devem ser analisados simplesmente a partir da natureza de ordem pública que lhes é inerente, mas principalmente sob o ângulo da necessidade e da conveniência de este Tribunal explicitar os efeitos gerados por sua decisão, que, por não terem sido contemplados no acórdão embargado, viabilizam o conhecimento dos embargos de declaração. 2. A determinação da realização de nova eleição na hipótese em que o candidato eleito tem o registro de sua candidatura indeferido não é inconstitucional, pois privilegia a soberania popular e a democracia representativa. 3. A decisão da Justiça Eleitoral que indefere o registro de candidatura não afasta o candidato da campanha eleitoral enquanto não ocorrer o trânsito em julgado ou a manifestação da instância superior, nos termos do Art. 16-A da Lei 9.504/97. 4. As decisões da Justiça Eleitoral que cassam o registro, o diploma ou o mandato do candidato eleito, em razão da prática de ilícito eleitoral devem ser cumpridas tão logo haja o esgotamento das instâncias ordinárias, ressalvada a obtenção de provimento cautelar perante a instância extraordinária. 5. Na linha da jurisprudência desta Corte, consolidada nas instruções eleitorais, a realização de nova eleição em razão da não obtenção ou do indeferimento do registro de candidatura deve se dar após a manifestação do Tribunal Superior Eleitoral. Interpretação sistemática dos arts. 16-A da Lei 9.504/97; 15 da Lei Complementar 64/90; 216 e 257 do Código Eleitoral. 6. É inconstitucional a expressão "após o trânsito em julgado" prevista no § 3º do Art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, por violar a soberania popular, a garantia fundamental da prestação jurisdicional célere, a independência dos poderes e a legitimidade exigida para o exercício da representação popular. 7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "após o trânsito em julgado" prevista no § 3º do Art. 224 do Código Eleitoral. 8. Manutenção do entendimento de que a renovação da eleição deve ocorrer após o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral nos casos em que a quantidade de votos nulos dados ao candidato eleito com registro indeferido é superior ao número de votos dados individualmente a qualquer outro candidato FIXAÇÃO DE TESE. CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL E CONVOCAÇÃO DE NOVAS ELEIÇÕES. 1. As hipóteses do caput e do § 3º do art. 224 do Código Eleitoral não se confundem nem se anulam. O caput se aplica quando a soma dos votos nulos dados a candidatos que não obteriam o primeiro lugar ultrapassa 50% dos votos dados a todos os candidatos (registrados ou não); já a regra do § 3º se aplica quando o candidato mais votado, independentemente do percentual de votos obtidos, tem o seu registro negado ou o seu diploma ou mandato cassado. 2. A expressão "após o trânsito em julgado", prevista no § 3º do Art. 224 do Código Eleitoral, conforme redação dada pela Lei 13.165/2015, é inconstitucional. 3. Se o trânsito em julgado não ocorrer antes, e ressalvada a hipótese de concessão de tutela de urgência, a execução da decisão judicial e a convocação das novas eleições devem ocorrer, em regra: 3.1. Após a análise dos feitos pelo Tribunal Superior Eleitoral, no caso dos processos de registro de candidatura (LC 64/90, arts. 3º e seguintes) em que haja o indeferimento do registro do candidato mais votado (Art. 224, § 3º) ou dos candidatos cuja soma de votos ultrapasse 50% (Art. 224, caput); e 3.2. Após a análise do feito pelas instâncias ordinárias, nos casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato, em decorrência de ilícitos eleitorais apurados sob o rito do Art. 22 da Lei Complementar 64/90 ou em ação de impugnação de mandato eletivo. Embargos de declaração acolhidos e providos, em parte. (Recurso Especial Eleitoral nº 13925, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 28/11/2016).

perante os Tribunais Regionais, com a imediata declaração de vacância do cargo e início das eleições quando eleito o candidato, fazendo valer essa tese teleológica.

Em outro caso, em que se analisou a situação do candidato *sub-judice* durante o processo eleitoral, entendeu o Tribunal que a aplicação do Art. 16-A¹⁹¹ da Lei 9.504 somente se aplica à esfera ordinária dos julgamentos, de forma que o candidato que tiver seu registro cassado ou indeferido pelo Tribunal Superior, mesmo sendo cabível, em tese, recurso de embargos de declaração e recurso extraordinário, não mais poderá figurar como candidato nas eleições.

No entanto, a posição do Tribunal Superior, a pretexto de garantir a Democracia, a desrespeita, contrariando texto expresso de Lei que permite ao candidato, neste caso, permanecer no pleito.

No mesmo contexto, a decisão do STF na já citada ADIN nº 5.525, que declarou a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” do sobredito art. 224, §3º do Código Eleitoral, antecipa o cumprimento de uma decisão ainda alterável, ainda sujeita a recursos.

O referido dispositivo, que blindava em favor da segurança jurídica, mantendo a situação jurídica recorrente até que se tornasse definitivo a decisão de indeferimento ou cassação de registro de candidatura, foi suprimido pelo legislador negativo sob o pretexto de homenagem à ordem jurídica e à democracia.

Outro julgado que pode ser destacado é a decisão do TSE no Recurso Ordinário (RO) 265308, relatoria do ministro Henrique Neves,¹⁹² que considerou,

¹⁹¹ Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja sub judice poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no Rádio e na Televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

¹⁹² ELEIÇÕES 2010. RECURSOS ORDINÁRIOS. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL E ABUSO DO PODER POLÍTICO OU DE AUTORIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Os candidatos que sofreram condenação por órgão colegiado pela prática de abuso do poder econômico e político têm interesse recursal, ainda que já tenha transcorrido o prazo inicial de inelegibilidade fixado em três anos pelo acórdão regional. Precedentes. 2. Abuso do poder religioso. Nem a Constituição da República nem a legislação eleitoral contemplam expressamente a figura do abuso do poder religioso. Ao contrário, a diversidade religiosa constitui direito fundamental, nos termos do inciso VI do artigo 5º, o qual dispõe que: "É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". 3. A liberdade religiosa está essencialmente relacionada ao direito de aderir e propagar uma religião, bem como participar dos seus cultos em ambientes públicos ou particulares. Nesse sentido, de acordo com o art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, "toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos". 4.

para fins de aplicação do Art. 22 da Lei Comp. 64/90,¹⁹³ o abuso do poder religioso, em uma construção tendenciosa em incluir tal conduta como abuso do poder

A liberdade religiosa não constitui direito absoluto. Não há direito absoluto. A liberdade de pregar a religião, essencialmente relacionada com a manifestação da fé e da crença, não pode ser invocada como escudo para a prática de atos vedados pela legislação. 5. Todo ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática. A garantia de liberdade religiosa e a laicidade do Estado não afastam, por si sós, os demais princípios de igual estatura e relevo constitucional, que tratam da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou contra o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, assim como os que impõem a igualdade do voto e de chances entre os candidatos. 6. Em princípio, o discurso religioso proferido durante ato religioso está protegido pela garantia de liberdade de culto celebrado por padres, sacerdotes, clérigos, pastores, ministros religiosos, presbíteros, episcopos, abades, vigários, reverendos, bispos, pontífices ou qualquer outra pessoa que represente religião. Tal proteção, contudo, não atinge situações em que o culto religioso é transformado em ato ostensivo ou indireto de propaganda eleitoral, com pedido de voto em favor dos candidatos. 7. Nos termos do art. 24, VIII, da Lei nº 9.504/97, os candidatos e os partidos políticos não podem receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie proveniente de entidades religiosas. 8. A proibição legal de as entidades religiosas contribuírem financeiramente para a divulgação direta ou indireta de campanha eleitoral é reforçada, para os pleitos futuros, pelo entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal no sentido de as pessoas jurídicas não poderem contribuir para as campanhas eleitorais (ADI nº 4.650, rel. Min. Luiz Fux). 9. A propaganda eleitoral não pode ser realizada em bens de uso comum, assim considerados aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como os templos, os ginásios, os estádios, ainda que de propriedade privada (Lei nº 9.504/97, art. 37, caput e § 4º). 10. O candidato que presencia atos tidos como abusivos e deixa a posição de mero expectador para, assumindo os riscos inerentes, participar diretamente do evento e potencializar a exposição da sua imagem não pode ser considerado mero beneficiário. O seu agir, comparecendo no palco em pé e ao lado do orador, que o elogia e o aponta como o melhor representante do povo, caracteriza-o como partícipe e responsável pelos atos que buscam a difusão da sua imagem em relevo direto e maior do que o que seria atingido pela simples referência à sua pessoa ou à sua presença na plateia (ou em outro local). 11. Ainda que não haja expressa previsão legal sobre o abuso do poder religioso, a prática de atos de propaganda em prol de candidatos por entidade religiosa, inclusive os realizados de forma dissimulada, pode caracterizar a hipótese de abuso do poder econômico, mediante a utilização de recursos financeiros provenientes de fonte vedada. Além disso, a utilização proposital dos meios de comunicação social para a difusão dos atos de promoção de candidaturas é capaz de caracterizar a hipótese de uso indevido prevista no Art. 22 da Lei das Inelegibilidades. Em ambas as situações e conforme as circunstâncias verificadas, os fatos podem causar o desequilíbrio da igualdade de chances entre os concorrentes e, se atingir gravemente a normalidade e a legitimidade das eleições, levar à cassação do registro ou do diploma dos candidatos eleitos. 12. No presente caso, por se tratar das eleições de 2010, o abuso de poder deve ser aferido com base no requisito da potencialidade, que era exigido pela jurisprudência de então e que, não se faz presente no caso concreto em razão de suas circunstâncias. Recurso especial do pastor investigado recebido como recurso ordinário. Recursos ordinários dos investigados providos para julgar improcedente a ação de investigação judicial eleitoral. Recurso especial da Coligação Rondônia Melhor para Todos, autora da AIJE, prejudicado. (Recurso Ordinário nº 265308, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 05/04/2017, Página 20/21).

¹⁹³ Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito [...].

econômico, por representar auxílio, provindo de fonte vedada,¹⁹⁴ sem a devida previsão legal.

No entanto, o caso em discussão não trata de doação em dinheiro ou estimada em dinheiro e também em abuso do poder econômico decorrente dessas, ou de recebimento de fontes vedadas, mas tenta equiparar o abuso do poder religioso com os abusos de poder expressos no Art. 22 da Lei Comp. 64/90, embora nele não haja nada expresso nesse sentido.

A Corte Eleitoral, aparentemente tentando fazer uma análise sistemático teleológica da legislação, cria uma nova forma de abuso de poder, decorrente de abuso de autoridade religiosa, sob o fundamento, embora não expresso, de finalidade da norma em garantir a lisura das eleições.

Imergindo no ativismo judicial aqui já comentado, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 4650, de relatoria do ministro Luiz Fux,¹⁹⁵ encerrou a possibilidade de doação a campanhas eleitorais por parte de pessoa jurídicas.

¹⁹⁴ Nos termos do Art. 24, VIII, da Lei nº 9.504/97, os candidatos e os partidos políticos não podem receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie proveniente de entidades religiosas.

¹⁹⁵ Ementa: direito constitucional e eleitoral. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das eleições, arts. 23, §1º, incisos i e ii, 24 e 81, caput e § 1º. Lei orgânica dos partidos políticos, arts. 31, 38, inciso iii, e 39, caput e §5º. Critérios de doações para pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos. Preliminares. Impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. Pedidos de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (itens e.1.e e.2). Sentença de perfil aditivo (item e.5). Técnica de decisão amplamente utilizada por cortes constitucionais. Atuação normativa subsidiária e excepcional do tribunal superior eleitoral, somente se legitimando em caso de inercia deliberandi do congresso nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (in casu, de dezoito meses). Inadequação da via eleita. Improcedência. Pretensões que veiculam ultraje à lei fundamental por ação, e não por omissão. Mérito. Ofensa aos princípios fundamentais democrático e da igualdade política. Cumulação de pedidos de adi e de adi por omissão em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade. Viabilidade processual. Premissas teóricas. Postura particularista e expansiva da suprema corte na salvaguarda dos pressupostos democráticos. Sensibilidade da matéria, afeta que é ao processo político-eleitoral. Autointeresse dos agentes políticos. Ausência de modelo constitucional cerrado de financiamento de campanhas. Constituição-moldura. Normas fundamentais limitadoras da discricionariedade legislativa. Pronunciamento do supremo tribunal federal que não encerra o debate constitucional em sentido amplo. Diálogos institucionais. Última palavra provisória. Mérito. Doação por pessoas jurídicas. Inconstitucionalidade dos limites previstos na legislação (2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição). Violação aos princípios democrático e da igualdade política. Captura do processo político pelo poder econômico. "plutocratização" do prélio eleitoral. Limites de doação por naturais e uso de recursos próprios pelos candidatos. Compatibilidade material com os cânones democrático, republicano e da igualdade política. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais

expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria. 3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. 4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). 7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afiguram assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político. 8. O Princípio da Liberdade de expressão assume, no aspecto político, uma dimensão instrumental ou acessória, no sentido de estimular a ampliação do debate público, de sorte a permitir que os indivíduos tomem contato com diferentes plataformas e projetos políticos. 9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano. 10. O telos subjacente ao Art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo. 11. Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política. 12. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade ad causam universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do Art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado. 13. As disposições normativas adversadas constantes das Leis nº 9.096/95 e nº 9.504/97 revelam-se aptas a figurar como objeto no controle concentrado de constitucionalidade, porquanto primárias, gerais, autônomas e abstratas. 14. A “possibilidade jurídica do pedido”, a despeito das dificuldades teóricas de pertinência técnica (i.e., a natureza de exame que ela envolve se confunde, na maior parte das vezes, com o próprio mérito da pretensão), requer apenas que a pretensão deduzida pelo autor não seja expressamente vedada pela ordem jurídica. Conseqüentemente, um pedido juridicamente impossível é uma postulação categoricamente vedada pela ordem jurídica. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 394). 15. In casu, a) Os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2”, primeira parte, objetivam apenas e tão somente que o Tribunal se limite a retirar do âmbito de incidência das normas impugnadas a aplicação reputada como inconstitucional, sem, com isso, proceder à alteração de seu programa normativo. b) Trata-se, a toda evidência, de pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, cuja existência e possibilidade são reconhecidas pela dogmática constitucional brasileira, pela própria legislação de regência das ações diretas (Art. 28, § único, Lei nº 9.868/99) e, ainda, pela práxis deste Supremo Tribunal Federal (ver, por todos, ADI nº 491/AM, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 25.10.1991). c) Destarte, os pedidos constantes dos itens “e.1” e “e.2” são

A discussão que envolve o julgado, no entanto, não está no mérito de se verificar se pessoas jurídicas podem ou não influir em pleitos eleitorais, mas se o âmbito de discussão dessa decisão deve ser desenvolvido perante o Poder Judiciário.

A inovação legislativa de proibição de doações de campanha por parte de pessoas jurídicas, ambiente adequado para tal discussão, foi aprovada pelo Congresso Nacional através da Lei 13.165/2015, que, dentre outros, revogou o Art. 81 da Lei 9.504,¹⁹⁶ na qual se previa a possibilidade de doação por pessoas jurídicas.

comuns e naturais em qualquer processo de controle abstrato de constitucionalidade, razão por que a exordial não veicula qualquer pretensão expressamente vedada pela ordem jurídica. d) O pedido aduzido no item “e.5” não revela qualquer impossibilidade que nos autorize a, de plano, reconhecer sua inviabilidade, máxime porque o Requerente simplesmente postula que a Corte profira uma “sentença aditiva de princípio” ou “sentença-delegação”, técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais algures, notadamente a italiana, de ordem a instar o legislador a disciplinar a matéria, bem assim a delinear, concomitantemente, diretrizes que devem ser por ele observadas quando da elaboração da norma, exurgindo como método decisório necessário em casos em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado. 16. Ademais, a atuação normativa do Tribunal Superior Eleitoral seria apenas subsidiária e excepcional, somente se legitimando em caso de inércia deliberandi do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (in casu, de dezoito meses), incapaz, bem por isso, de afastar a prerrogativa de o Parlamento, quando e se quisesse, instituir uma nova disciplina de financiamento de campanhas, em razão de a temática encerrar uma preferência de lei. 17. A preliminar de inadequação da via eleita não merece acolhida, visto que todas as impugnações veiculadas pelo Requerente (i.e., autorização por doações por pessoas jurídicas ou fixação de limites às doações por pessoas naturais) evidenciam que o ultraje à Lei Fundamental é comissivo, e não omissivo. 18. A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADI por omissão é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, Art. 292). 19. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrario sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95. (ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016).

¹⁹⁶ Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações. (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015). § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição. (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015). § 2º A doação de quantia acima do limite fixado neste artigo sujeita a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso. (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015). § 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado no § 1º estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa. (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015). § 4º As representações propostas objetivando a aplicação das sanções previstas nos §§ 2º e 3º observarão o rito previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e o prazo de recurso contra as decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) (Revogado pela Lei nº 13.165, de 2015).

Assim, a decisão do STF, quando tomada, se voltou contra dispositivos da Lei 9.096 de 1995, que disciplina os partidos políticos, declarando, também, a inconstitucionalidade de doações de pessoas jurídicas para os partidos, depois de praticamente vinte anos da mesma Lei em vigor, sendo que sua fundamentação se deu nos mesmos dispositivos constitucionais que antes nada representavam em relação a essa situação, e agora seriam suficientes para declará-lo inconstitucional.

A alteração de um sistema jurídico deve partir de ampla discussão social e/ou dentro da seara adequada, do Poder competente, no caso o Legislativo e não o Judiciário. O ativismo judicial com brasilidade, aqui criticado, expõe a Constituição Federal a distorções de tal forma que se amolde ao pensamento do julgador da ocasião.

O Poder Legislativo ao alterar um dispositivo legal não lhe infirma a invalidade. Mas no controle de constitucionalidade, o reconhecimento da inconstitucionalidade de certo dispositivo normativo lhe atinge desde a origem (STRECK, 2010), fato que, no caso, gera a seguinte dúvida: — Se as doações a partidos políticos por pessoas jurídicas são inconstitucionais, o que fazer com todas as doações que foram feitas desde 05 de outubro de 1988?

Seguindo a lista de intervenções judiciais aqui discorrida, o Congresso Nacional votou, sob a justificativa da segurança da correspondência do voto dado pelo eleitor e do voto registrado, pela inclusão do voto impresso no sistema eletrônico da urna eletrônica, conforme o Art. 59-A da Lei 9504¹⁹⁷ e Art. 5º da Lei 12.034.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Art. 59-A. No processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado. Parágrafo único. O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica.

¹⁹⁸ Art. 5º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras: § 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto. § 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital. § 3º O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado. § 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna. § 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

O procurador-geral da República ingressou com uma ADI,¹⁹⁹ que resultou na inconstitucionalidade do voto impresso, sob o fundamento de ofensa à impessoalidade e sigilo do voto.

O Supremo Tribunal, dentre outros argumentos, entendeu que “a garantia da inviolabilidade do voto impõe a necessidade de se assegurar ser impessoal o voto para a garantia da liberdade de manifestação, evitando-se coação sobre o eleitor”; e que “a manutenção da urna em aberto põe em risco a segurança do sistema, possibilitando fraudes, o que não se harmoniza com as normas constitucionais de garantia do eleitor”.

No entanto, os termos do texto normativo não induzem que haveria acesso do voto impresso pelo eleitor. Pelo contrário, é bastante expresso em afirmar que fica “garantido o total sigilo do voto” e que “voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado”.

Aparentemente a grande discussão voltava-se em razão das condições financeiras de alteração do sistema e dos equipamentos para se adequar à legislação.²⁰⁰

As diversas decisões aqui apresentadas e analisadas refletem, outrossim, a fragilidade do modo de decidir ante a ausência de uma forte Teoria da decisão, que deve demonstrar os caminhos traçados pela Hermenêutica Contemporânea para separar o subjetivismo, a conveniência pessoal, os juízos morais no ato de decidir e infirmar o apego a fundamentação adequada de qualquer decisão judicial.

A jurisprudência em matéria eleitoral patina bastante, e aparentemente não se vem adaptando aos novos ditames do Processo Civil, mormente quanto ao dever de fundamentação e a coerência e integridade de suas decisões.

¹⁹⁹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. ART. 5º DA LEI N. 12.034/2009: IMPRESSÃO DE VOTO. SIGILO DO VOTO: DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO. VULNERAÇÃO POSSÍVEL DA URNA COM O SISTEMA DE IMPRESSÃO DO VOTO: INCONSISTÊNCIAS PROVOCADAS NO SISTEMA E NAS GARANTIAS DOS CIDADÃOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A exigência legal do voto impresso no processo de votação, contendo número de identificação associado à assinatura digital do eleitor, vulnera o segredo do voto, garantia constitucional expressa. 2. A garantia da inviolabilidade do voto impõe a necessidade de se assegurar ser impessoal o voto para garantia da liberdade de manifestação, evitando-se coação sobre o eleitor. 3. A manutenção da urna em aberto põe em risco a segurança do sistema, possibilitando fraudes, o que não se harmoniza com as normas constitucionais de garantia do eleitor. 4. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 12.034/2009. (ADI 4543, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014).

²⁰⁰ A questão financeira de adequar todas as urnas às novas disposições legais do voto impresso foi objeto de debate dentro do TSE, a exemplo do que se vê em notícias do portal do próprio tribunal. (BRASIL, 2018).

O reconhecimento ao direito fundamental à resposta constitucionalmente fundamentada, compatível com a Constituição Federal (STRECK, 2016) e a implementação de uma Teoria da Decisão que represente uma resposta adequada à Constituição (STRECK, 2018) envolve o rompimento de paradigmas, já apresentados neste trabalho, e que tem como instrumento mais atual o CPC de 2015.

O subjetivismo judicial utiliza a teleologia como instrumento, como “o argumento” para desonerar o julgador de cumprir seu papel de julgar, e o impele ao descumprimento de dois alicerces principais do sistema jurídico dos países modernos: o Estado Democrático de Direito e a independência dos poderes, sendo imperioso para que se supere essa ânsia de tornar algo impessoal em pessoal; um instrumento de justicamento, a adoção de um caminho sólido (Roteiro Hermenêutico) que trabalhe o respeito pelo dever de fundamentação de qualquer decisão judicial,²⁰¹ na forma já defendida na modernidade desde o início do século XIX.

Por isso, a apresentação das decisões acima demonstra a necessidade de reconhecer um novo contexto científico em que o processo civil está inserido, a paritir das modificações estruturais que o Diploma processual civil de 2015 trouxe em seu texto e um caminho que adote a Crítica Hermenêutica do Direito como trilho, na forma de um um Roteiro Hermenêutico, tal qual um caminho a ser percorrido pelo inérprete jurídico, fazendo disso uma ferramenta interpretativa que se inicia e se encerra na Constituição Federal, conforme se fará a seguir.

²⁰¹ O problema da jurisdição constitucional brasileira, nesses tempos de transição, parece ser: o Judiciário nem vê o texto ontologicamente, como ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos. Tem os defeitos da reificação racionalista e os do casuismo irracionalista: concepção reificadora, trato casuístico, uma esdrúxula incompatibilidade estratégica. Essa jurisdição vem constituindo a parte mais significativa da retórica constitucional no Brasil. (ADEODATO, 2011, p. 210-211).

5 POR UMA HERMENÊUTICA JURÍDICO-ELEITORALISTA: PROPOSIÇÕES PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Levando-se em conta o entendimento sobre Hermenêutica, que permeia na Justiça Eleitoral na atualidade, quando alguns julgados estão classificados como uma “Hermenêutica Progressiva”,²⁰² que aparentemente se trata da busca pela vontade do legislador, inserta na norma interpretada com uma embalagem diferente (nada menos do que uma roupa nova para uma interpretação teleológica), é imperioso que se tenha a compreensão da necessidade do reconhecimento dos primados contemporâneos da Hermenêutica Jurídica, que não mais se acoplam a essa ideia da busca pela vontade do legislador ou da Lei em casos de vagueza do texto legal a ser interpretado, como já foi visto neste trabalho.

O caminho do intérprete, na penumbra criada pelas zonas cinzentas dos conceitos indeterminados,²⁰³ existentes na legislação eleitoral, não pode ser espaço criador de Direito, nem de normas, muito menos pode ser alvo de uma busca desenfreada por algo que não tem registro concreto (como a vontade do legislador²⁰⁴ ou da norma).

²⁰² TSE. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 730-11. 2014.6.11.0000 -CLASSE 32 — CUIABÁ -MATO GROSSO. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. [...] Conforme alhures já defendido, a Lei Eleitoral não é objetiva, mas deverá sempre ser aplicada segundo sua hermenêutica progressiva, na qual o intérprete, não cria a norma, mas limita-se a revelar o seu conteúdo, consoante outra complexidade de fatores. É a proposta de adaptação da lei às novas contingências, à evolução e ao progresso, de modo a assegurar a verdadeira essência dos preceitos do Direito Eleitoral, dentre eles, o da liberdade do voto. Isso posto, entende-se que o sistema eleitoral deve ser seguro e acima de tudo, justo, porquanto é essencial para a concretização do regime democrático de Direito e qualquer tipo de artifício que for utilizado em campanha eleitoral e que seja apto a influenciar, mesmo que indiretamente o princípio de alvedrio do sufrágio universal, deve ser duramente coibido”.

²⁰³ “A origem desses conceitos indeterminados é o Direito Privado, no qual o juiz deve concretizar diariamente termos como “boa-fé”, “vícios ocultos”, “bons costumes”, referentes a contratos etc. Na área do Direito Administrativo, no entanto, os tribunais normalmente só controlam as decisões que já foram tomadas anteriormente pelos órgãos administrativos”. (KRELL, 2004, p. 182).

²⁰⁴ Para Streck (2018, p. 413-414), não há como se defender que a aplicação de uma Lei em sua literalidade dispensa a interpretação, pois o ente Lei, no contexto constitucional não mais existe isoladamente, não havendo essa decorrência direta, explica o autor: “Assim, se não há sentido imanente (se houvesse, teríamos de dar razão a Emilio Betti, para quem a interpretação é um processo reprodutivo pelo fato de interiorizar ou traduzir para a sua própria linguagem objetivações da mente através de uma realidade análoga a que originou uma forma significativa), parece razoável sustentar que não há como buscar o sentido originário/literal do texto normativo e tampouco será possível alcançar uma interpretação que se harmonize com a teleologia “imaneente” à lei. Hermeneuticamente, o ente como ente é inacessível, uma vez que o intérprete somente tem acesso ao sentido do ser desse ente. Dito de outro modo, não se pode olvidar que o assim entendido “sentido literal” ou o sentido “que corresponda à intenção do legislador” não exsurge por si só (até porque o direito é alográfico e não autográfico). Esse sentido deverá ser atribuído pelo intérprete, a partir de sua facticidade e temporalidade, enfim, a partir de sua

Tal comportamento apenas serviria de justificativa para uma escolha pessoal do intérprete, e representaria o retorno a Hermenêutica do século XIX, desconsiderando tudo que fora desenvolvido de lá até hoje, como tratado aqui anteriormente.

Temos então, como dito, que a tal “Hermenêutica Progressiva” é uma faceta da Interpretação Teleológica, pois visa conferir ao intérprete a capacidade de preencher os vazios legais sem levar em consideração os amálgamas adequados, como o texto Constitucional por exemplo.

Esse também é o entendimento de Krell (2004, p. 204):

No Brasil, ganha espaço também uma linha hermenêutica progressiva, que declara ultrapassada a teoria objetivo-idealista dominante, que sempre alegou ser possível a reprodução do ‘sentido originário’ da norma e a interpretação ser o reconhecimento e a reconstrução do significado que o seu autor foi capaz de incorporar. (STRECK, 2000, p. 82). Em vez disso, afirma-se que o intérprete, na verdade, descobre menos o ‘verdadeiro sentido’ da lei, a pretensa ‘vontade do legislador’ (subjéctiva) ou a ‘vontade da lei’ (objéctiva), mas ele mesmo, através de um ato de vontade, cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político. (STRECK, 2000, p. 80). Assim, os métodos de interpretação jurídica funcionariam mais como justificativas para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar, motivado, muitas vezes, por ‘um impulso pessoal baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável’ (ADEODATO, 2002, p. 278). De qualquer forma, pode-se alegar que a fixação da pretensa ‘única solução justa’ (DINO; COSTA NETO, 2003, p. 107), a partir de um certo ponto, deixa de ser um problema de cognição (*Erkenntnis*), tornando-se uma decisão (*Entscheidung*); somente em seguida ela vai ser fundamentada racionalmente. Os intérpretes envolvidos, porém, sabem que, no fundo, também podia ter sido tomada uma outra decisão, na base de outras razões, que não seriam menos convincentes do que as efetivamente utilizadas (REDEKER, 1992, p. 306). Sendo as palavras da lei constituídas de vaguidades, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas e plurívocas, ‘não há possibilidade de buscar/ recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico’. (STRECK, 2000, p. 219). Entendido assim, o hermeneuta não revela, de maneira ‘desinteressada’ e neutra, uma verdade, mas ele cria essa verdade no caso concreto.

Aparentemente se trata de uma forma não contemporânea de encarar a Hermenêutica, o que vem sendo pontuado na atuação judicial da Justiça Eleitoral

condição de ser-no-mundo. Já não será o sentido em-si-mesmo do texto (sentido que tradicionalmente poderia chamar-se de “literal”), mas, sim, o sentido atribuído/adjudicado pelo intérprete, a partir de seus pré-juízos (Vorurteil)”.

quanto a esse tema, que tenta se apoderar de conceitos de direito privado para resolver situações que dizem respeito diretamente ao Direito Público, como é o caso do Direito Eleitoral.

Nessas situações não há espaço para a criação de verdades pelo intérprete, sem a devida preocupação com o arcabouço jurídico em que ele está inserido, principalmente quando a orientação da sua atuação é um texto Constitucional. Assinale-se que é espantoso que haja uma referência a essa Hermenêutica (a tal progressiva) como própria da Justiça Eleitoral; porém, não se pode deixar de admitir que consiste em um entendimento que segue o trilho do Art. 23 da Lei Complementar 64 de 1990, que aqui já fora explorado e será mais ainda logo adiante.

A progressividade desse tipo de Hermenêutica pode ser encarada como mais uma simples justificativa para interpretações direcionadas, carecendo de um viés mais técnico, como anota Dourado (2012):

Afirma-se que o intérprete, na verdade, descobre menos o verdadeiro sentido da lei, a pretensa vontade do legislador, mas ele mesmo, através de ato volitivo, cria o sentido que mais convém a seus interesses político e teórico. Desta forma, os métodos de interpretação e argumentação jurídicas funcionam como justificativas para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar, motivado, muitas vezes, por um impulso pessoal baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado - desejável ou indesejável. Complementa o exposto acima, a contundente conclusão de Andreas Krell de que sendo as palavras da lei constituídas de vaguidades, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas e plurívocas, não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetivante, unívoco, correto de um texto jurídico. Entendido, assim, não pode o hermeneuta revelar, de maneira desinteressada e neutra, uma verdade, mas ele cria essa verdade, discricionariamente, no caso concreto.

Nesse contexto, propomos um Roteiro Hermenêutico, para compreender toda a grande dimensão desse caminho, que será apresentado e esmiuçado nesse Capítulo. Se faz necessário internalizar a extensão da Hermenêutica para as Ciências Humanas. O campo dessas ciências para que possa ser devidamente explorado necessita da Hermenêutica, tanto quanto as ciências naturais precisam da metodologia, e, em sendo assim, o modo utilizado precisa ser avalizado pela história.

5.1 Do Necessário Reconhecimento dos Avanços da Hermenêutica para que o Processo Interpretativo não se Desvirtue

A Hermenêutica deve ter os seus avanços reconhecidos sob pena de se interpretar errado e acontecerem injustiças; dentro do objeto de estudo do presente trabalho, será feita uma releitura do seu entendimento no âmbito da Justiça Eleitoral. Essa, como bem já foi estudado, aqui se curva diuturnamente ao livre convencimento, gerando decisões subjetivas que não se prendem aos preceitos de segurança jurídica, em razão do processo legal, contraditório, ampla defesa e tantos outros que são desfeitos por um caminho que há muito se instala no âmago dessa Justiça especializada.

Olhando o panorama geral, existem duas precípuas faces hermenêuticas: a específica e a limitada; a primeira fala em favor da dimensão hermenêutica das Ciências Humanas, tangenciando, de tal mote, aquelas variantes de teoria social (teorias interpretativas) que se preocupam com o papel da *Verstehen*.²⁰⁵ A segunda é, geral ou universal, contemporânea, desenvolvida por Heidegger e espalhada por Hans-Georg Gadamer. De acordo com ela, a interpretação hermenêutica precede toda a investigação científica, dada a universalidade da linguagem humana, como meio de interação e de compreensão. (HAMLIN, 1999). Destarte, o papel basilar da reflexão do estudo hermenêutico seria o de ser mediano entre a linguagem científica e a sua utilização pelos sujeitos sociais no dia a dia. (OUTHWAITE, 1987).

Quando os estudiosos foram se aprofundando em figuras como Husserl, Heidegger, Sartre, e, também, da Hermenêutica, do Estruturalismo e da Teoria Crítica, percebeu-se que tudo isso era resultado de um ancestral comum: Wilhelm Dilthey. Ele é um titã que entende que as Ciências Humanas compreendem (*verstehen*) e as ciências naturais explicam (*erklären*). (FRANCO, 2011).

Isso foi possível graças à motivação de Dilthey em ir de um problema relativo ao ser e à metafísica a uma problemática epistemológica, relacionado realmente a um método científico, aplicado de forma que o que movia o pensamento de Dilthey era tornar livres as ciências do espírito de sua conexão metafísica (sem o que elas não se constituiriam como ciência) e de uma redução positivista, sem o que elas não poderiam compreender seu objeto. (COSTA, 2008).

²⁰⁵ Compreensão.

Em 1883, Dilthey erigiu o seu primeiro trabalho sistemático: *Introduction to the Human*. Nessa obra é feito um exame filosófico acerca das ciências do espírito, sendo nomeado de “crítica da Razão Histórica”. É a primeira obra na qual o autor se preocupa em deixar às claras as diferenciações entre as ciências do espírito e as naturalistas. (MAKKREEL; RODI, 1989, p. 3).

Dito isso, na filosofia de Wilhelm Dilthey, fica explícito que precisamos compreender o homem, tendo em vista que a dinâmica da vida interior de um ser humano é uma junção complexa de conhecimento, sentimento e vontade, e que tudo isso não poderia ser baseado em normas causais nem na austeridade de uma maneira de pensar mecânica e quantitativa.

Para Dilthey somos seres históricos, e, por essa razão, conhecemos as coisas de maneira histórica; assim sendo porque a consciência histórica é um modo de autoconhecimento. Logo, a historicidade própria dos seres humanos leva a uma compreensão objetiva da história, guiada pela ideia de Schleiermacher de uma “congenialidade”, já tratada aqui neste trabalho, no elo entre intérprete e autor, cuja importância é realizar a mudança de uma opinião subjetiva para uma verdade histórica objetiva.

Dilthey acreditava que compreensão ‘era a palavra-chave para os estudos humanísticos’, haja vista que as ciências exatas explicam a natureza e ‘os estudos humanísticos compreendem as manifestações da vida’ (PALMER, 2006, p. 112). Além disso, o autor analisou a causalidade na história, tecendo fortes críticas à visão positivista e a empiricista.

Assim assegurava que não era possível no âmbito das “*ciências do espírito*” (*Geissenswissenschaften*) ou das Ciências Humanas, se falar em “leis gerais”. Ele não estava nem mesmo com o próprio conceito de “causa”, já que, para ele, esse conceito trazia intrínseco o teor de necessidade e inexorabilidade, sendo mais acertado guiar-se por termos outros, à instância de: “motivos”, de “desejos” para explicar situações de mudança. (SCOCUGLIA, 2002).

Dilthey, então, planejou fixar a Hermenêutica como uma metodologia para as ciências do espírito, de maneira que: “Sua obra é um grande apanhado da história e teoria das Ciências Humanas e um grande esforço filosófico para oferecer compreensão sobre o sentido da história e da vida humana”. (GADAMER, 1998, p. 335).

O processo de historicização do ser humano é seguido ao se afirmar que as ações do homem necessitam ser observadas como detentoras de uma significação, a qual pode ser discernida objetivamente por meio de um método. Para Dilthey, esse método é a Hermenêutica, veremos depois, que na visão de Gadamer, há uma negativa ao método.

Primeiro, Dilthey foi encarado como se historiador sensível da cultura fosse, “por seu desenvolvimento da história filosófica, pelas descobertas das ideias primeiras hegelianas e por suas críticas literárias”. (MAKKREEL; RODI, 1989, p. 4-5). Gadamer (1998, p. 360) afirma que Dilthey configura “um nexos imediato entre vida e conhecimento, de um jeito que a experiência histórica permite um conhecimento histórico sem uma justificação discursiva determinada”.

Para ele, a problemática da tangente entre as Ciências Humanas e as naturalistas é que apenas possuirão relação quando houver uma resolução para o conflito entre o modo de ver transcendental, segundo o qual a natureza é suscetível às condições conscienciais e o modo de ver empírico e objetivista que entende o desenvolvimento do espírito humano como passível de suscetibilidade a se comportar conforme a natureza.

Para que tal condição fosse atendida se faz mister demonstrar a realidade objetiva da “experiência do interior e comprovação de que há um mundo externo, que nos leva a concluir que o mundo possui fatos humanos em si e os significados espirituais através da transferência da vida interior para o cerne do mundo externo”. (DILTHEY, 1989, p. 71).

Nota-se que Dilthey não se aproxima de nenhuma apreensão especulativa do outro. O pensador procura coisas que sejam: testáveis empiricamente, psicologicamente sustentáveis e descritíveis. A compreensão estudada pelo filósofo nunca é um fim em si, isto é, não é uma apreensão intuitiva e imediata de outrem. Na verdade, a compreensão, entendida criticamente, distribui lugar à intuição e ao sentimento, sem perder os caracteres intelectuais e críticos de ciência.

Para o referido filósofo, a compreensão advém do polo objetivo, do que é próprio do homem historicamente falando. Depreende-se de sua obra que qualquer manifestação objetiva do homem possui um sentido ainda mais amplo e que é localizado no âmbito do seu espírito. (FRANCO, 2011).

O que fundamentava toda a Teoria de Dilthey era a ideia de demonstrar que a filosofia necessitava de uma experiência da realidade e não apenas especulação

abstrata. Ambos, os ideais de Kant e o empirismo positivista assentavam-se na abstração: ambos esfacelaram e quebram a experiência total, bem como acontece com o homem inteiro e verdadeiro.

Essa concepção filosófica tinha a incumbência de influenciar as ciências particulares, “explicitando as relações holistas que os objetos sofreadores de abstração possuem no âmbito da realidade total e acabando com o isolamento e abstração exercidos sobre tais ciências”. (DILTHEY, 1945, p. 435-6).

Na concepção Diltheyana, a conjunção do geral e do individual constrói a essência das ciências do espírito. Observa-se muito bem nesse entendimento, o círculo hermenêutico: onde o individual é compreendido através do todo, e o todo através do individual, como se fosse uma hermenêutica metonímica.

Observemos o que diz Taylor (1985, p. 18) sobre isso:

[...] tentamos estabelecer a leitura do texto como um todo e para isso recorremos a leituras de suas expressões parciais; mas como estamos lidando com significado e com atribuição de sentido, em que as expressões fazem ou não sentido apenas em relação a outras, a leitura das expressões parciais depende da leitura das outras e, em última análise, da leitura do todo.

Outra área que precisa trabalhar diuturnamente com a Hermenêutica de Dilthey são as ciências sociais, já que o cientista necessita de compreender o significado; isto é, precisa ir além da mera explicação para poder dar conta de demonstrar a realidade cultural do objeto do estudo. Isso acontece porque as Ciências Humanas trabalham com simbolismos, como, por exemplo a cruz, que se fosse estudada apenas sob o aspecto das ciências naturais nada significaria além de um prego unindo dois pedaços de madeira, e que, sob a égide da metodologia das ciências do espírito, é a base da ideologia cristã. (VASCONCELOS, 2013).

As ciências do espírito necessitam de métodos novos e melhores, haja vista que se configuram como experiências impedidas de serem expressões científicas de acordo com a substância da doutrina da psicologia racional. Desse modo, a diferença entre a substância material e a mental perdeu um pouco de espaço entre mundos interno (reflexão) e externo (sensação), na qual o dilema está no tratamento empírico. (DILTHEY, 1989).

Em meio a essa situação que apontava para a necessidade de se trabalhar metodologicamente as ciências do espírito, a Hermenêutica Contemporânea deu um

salto e chegou às contribuições de Heidegger e Gadamer, que se constituem como os fundamentos centrais para a adoção de uma ferramenta interpretativa que traga a evolução da Ciência Hermenêutica para o campo da Ciência Jurídica.

Somente para fins de se estabelecerem as referidas contribuições dos citados autores, fixa-se aqui, iniciando-se por Heidegger, que a sua Hermenêutica lança a ideia de circularidade, não tendo essa um caráter negativo do círculo virtuoso, não constitui uma imperfeição ou um vício lógico, mas deve ser aceita como a dimensão inegável na qual cada ser já está sempre colocado e deve se mover dentro da sua finitude. Isto é, como um ser-no-mundo que aceita o ser que é encontrado e que a transmissão histórica lhe atribui, ao tempo em que se transforma em algo próprio, de acordo com as modalidades de sua livre interpretação e sua maneira de se projetar.

Sem ir mais longe na análise que Heidegger desenvolve, ele pode dizer isso com sua própria Hermenêutica da faticidade, em que a compreensão é entendida como um elemento constitutivo do ser em nós próprios. Ele introduz uma mudança radical da tradição da Hermenêutica anterior, particularmente comparando com Schleiermacher e Dilthey: em comparação com Schleiermacher, porque ele se referiu à compreensão e ao círculo hermenêutico relacionado à particularidade do processo cognitivo da interpretação; avança sobre Dilthey porque nele o entendimento (*Verstehen*) era a função de fundamentação metodológica na construção da objetividade das ciências do espírito, em oposição à explicação (*Erklären*) como uma modalidade de conhecimento das ciências naturais.

Ao mesmo tempo, Heidegger modifica a tarefa fundamental da Hermenêutica que, para ele, passa a não mais a fornecer a teorização metodológica com regras e técnicas à compreensão possivelmente objetiva dos textos, nem deve delimitar a história – textos, documentos ou outros possíveis objetos "históricos" – como um campo no qual exercita nosso conhecimento científico. A tarefa da Hermenêutica, para Heidegger, é mais a identificação das determinações constitutivas da existência em sua originalidade, isto é, em sua faticidade, finitude e historicidade.

É essencial entender essas determinações, em cuja estrutura histórica as condições ontológicas da possibilidade da história estão escondidas em um contexto histórico. Como Heidegger declara, que a análise da historicidade de estar lá tende a mostrar que esta entidade não é "temporal" porque "encontra-se na história", mas que, pelo contrário, existe e pode existir historicamente só porque é temporal com base no seu ser". (HEIDEGGER, 1999). É, portanto, claro, em qual sentido, com

base na técnica de interpretação de textos, a partir da metodologia das ciências do espírito e do conhecimento histórico, que a hermenêutica assume uma espessura requintada com Heidegger.

Esse entendimento se extrai do ensinamento de Volpi (1998, 367-368):

Tale circolarità non ha il carattere negativo del *circulus vitiosus*, non costituisce un'imperfezione o un vizio logico, ma va piuttosto accolta come la dimensione inaghirabile nella quale ogni esserci è già sempre collocato e deve muoversi in quanto è finitudine, vale a dire in quanto è un essere-nel-mondo, il quale accetta ciò che si trova a essere e che la trasmissione storica gli assegna, ma al tempo stesso lo trasforma in qualcosa di proprio secondo le modalità del suo libero interpretarsi e progettarsi. Senza addentrarsi ulteriormente nell'analisi che Heidegger sviluppa, si può dire che con la propria ermeneutica della fatticità, nella quale il comprendere è inteso come elemento costitutivo dell'esserci stesso, egli introduca una svolta radicale rispetto alla tradizione dell'ermeneutica precedente, in particolare rispetto a Schleiermacher e a Dilthey: rispetto a Schleiermacher, perché questi riferiva il comprendere e il relativo circolo ermeneutico alla particolarità del processo conoscitivo dell'interpretazione; rispetto a Dilthey, perché in lui la comprensione (*Verstehen*) svolgeva la funzione di fondamento metodologico nella costruzione dell'oggettività delle scienze dello spirito, in contrapposizione alla spiegazione (*Erklären*) quale modalità conoscitiva delle scienze naturali. Al tempo stesso Heidegger modifica il compito fondamentale dell'ermeneutica. [...] È chiaro dunque in quale senso, da tecnica dell'interpretazione di testi, da metodologia delle scienze dello spirito e del conoscere storico qual era, l'ermeneutica assume con Heidegger uno spessore squisitamente ontologico e filosofico.²⁰⁶

²⁰⁶ O autor expõe nesta oportunidade que a referida circularidade (do círculo hermenêutico) não tem o caráter negativo do círculo vicioso, não constitui uma imperfeição ou um defeito lógico, mas deve ser aceita como a dimensão inescapável na qual todo ser já está sempre colocado e deve mover-se porque é finito, isto é, como é um ser-no-mundo, que aceita o que é e o que a transmissão histórica lhe atribui, mas ao mesmo tempo o transforma em algo próprio segundo as modalidades de sua livre interpretação e planejamento, sem avançar na análise que Heidegger desenvolve, podemos dizer que, com sua própria hermenêutica da facticidade, na qual a compreensão é entendida como um elemento constitutivo da própria existência, ele introduz uma mudança radical da tradição da hermenêutica anterior, em particular no que diz respeito a Schleiermacher e Dilthey: com relação a Schleiermacher, porque ele se referiu ao entendimento e ao círculo hermenêutico relativo à partícula da importância do processo cognitivo da interpretação; comparado a Dilthey, porque nele a compreensão (*Verstehen*) cumpria a função de um fundamento metodológico na construção da objetividade das ciências do espírito, em oposição à explicação (*Erklären*) como uma modalidade cognitiva das ciências naturais. Ao mesmo tempo, Heidegger modifica a tarefa fundamental da hermenêutica. Não deve mais fornecer a teorização metodológica das regras e técnicas para a compreensão possivelmente objetiva dos textos, nem deve delimitar a história - textos, documentos, monumentos ou outros possíveis objetos "históricos" - como um campo no qual exercer nosso conhecimento científico. Para o autor, a tarefa da hermenêutica, como Heidegger pretende, é antes a identificação das determinações

Por outro lado, no que concerne às contribuições de Gadamer, é possível se pontuar que em boa parte se deram atacando o mal-entendido objetivista, argumentando que:

Hermenêutica [...] não é tanto uma metodologia das ciências do espírito, mas uma tentativa de chegar a um acordo sobre o que as ciências do espírito realmente são, além de sua autoconsciência metodológica, e sobre o que une à totalidade de nossa experiência do mundo. (GADAMER, 1960, v. 1, p. 3).

Se a análise da verdade e do método aponta para a experiência peculiar da verdade da estética, na forma do conhecimento, posto em prática pelas ciências do espírito e da experiência da linguagem, entendida como a abertura de uma totalidade do significado e de um mundo, isso não ocorre para estabelecer os critérios de uma suposta objetividade científica, idealmente perseguida, mesmo nestas áreas extrametódicas da verdade, mas para destacar a estrutura, compreensão universal do modo de ser do homem na história.

Esse é o entendimento extraído da doutrina de Volpi (1998, p. 368):

Contro il fraintendimento oggettivistico Gadamer sostiene che «l'ermeneutica [...] non è tanto una metodologia delle scienze dello spirito, ma il tentativo di raggiungere un'intesa su ciò che le scienze dello spirito in verità sono, al di là della loro autoconsapevolezza metodologica, e su ciò che le unisce alla totalità della nostra esperienza del mondo». Se le analisi di Verità e metodo vertono rispettivamente sulla peculiare esperienza di verità propria dell'estetica, sulla forma di conoscenza messa in atto dalle scienze dello spirito e sull'esperienza del linguaggio inteso come apertura di una totalità di senso e di un mondo, ciò accade non al fine di stabilire i criteri di una pretesa oggettività scientifica idealmente perseguibile anche in questi ambiti extra-metodici della verità, bensì per mettere in luce la struttura universale del comprendere quale modo di essere nella storia da parte dell'uomo.²⁰⁷

constitutivas da existência em sua originalidade, isto é, em sua facticidade, finitude e historicidade. Fundamental entre tais determinações é precisamente a compreensão, em que a estrutura histórico-temporal oculta as condições ontológicas da possibilidade da história e da historiografia. Como Heidegger afirma no seu livro *O Ser e o tempo* "a análise da historicidade da existência tende a mostrar que essa entidade não é" temporal "porque está na história", mas que, pelo contrário, existe e pode existir historicamente apenas porque é temporal na base de sua existência. É, portanto, claro em que sentido, a partir de uma técnica de interpretação de textos, de uma metodologia das ciências do espírito e do conhecimento histórico, que a hermenêutica assume com Heidegger uma profundidade primorosamente ontológica e filosófica.

²⁰⁷ Para Volpi, Gadamer sustenta que "a hermenêutica [...] não é tanto uma metodologia das ciências do espírito, mas a tentativa de chegar a um entendimento sobre o que as ciências do espírito são na verdade, além de sua autoconsciência metodológica e sobre o que os une à totalidade da

Não haveria, então, como se construir uma estrutura de auxílio ao intérprete sem que as bases das contribuições desses dois para a Ciência Hermenêutica não estivesse presente. Esse, na nossa visão, é o caminho para que se possa empregar mais segurança em decisões judiciais, principalmente da seara do Processo Judicial Eleitoral.

5.2 O Roteiro Hermenêutico para uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada

A partir do que fora exposto até aqui, se construiu uma base sólida que demonstra a necessidade de uma visão mais profunda sobre o fenômeno da interpretação de normas legais, que demandam inclusive uma interpretação específica para um ambiente constitucional, que absorva os avanços da Hermenêutica Contemporânea, sendo que, na visão aqui exposta, na seara eleitoral, essa situação se faz mais latente dada a peculiaridade da legislação eleitoral que abre um espaço desalinhado à Constituição que torna o processo compreensivo uma incógnita.

A imbricação entre caso (fatos), norma, contexto, Direito posto, é algo insuperável; dentro dessa situação ainda se encontram outros elementos fundamentais para que se dê a compreensão. Nesse sentido, Zagrebelsky (1987, p. 162) afirma:

A interpretação jurídica discorre entre dois polos: o caso concreto e a norma reguladora. Não se pode compreender o caso se não se faz referência à norma, e esta àquele, já que não existe só o caso que deve orientar-se à norma, mas também a norma que deve orientar-se ao caso. A interpretação é uma atuação que tende a unir um com a outra em um resultado satisfatório para ambas as partes [...]. A interpretação pode então ser definida como a busca a partir do caso, no ordenamento jurídico, da norma reguladora adaptada tanto ao caso quanto ao Direito.

nossa experiência do mundo”. Se as análises da verdade e do método se concentram, respectivamente, na experiência peculiar da verdade própria da estética, na forma de conhecimento implementada pelas ciências do espírito e na experiência da linguagem entendida como a abertura de uma totalidade de sentido e de um mundo, isso acontece não para estabelecer os critérios de uma alegada objetividade científica idealmente perseguível até mesmo nessas áreas extra-metódicas da verdade, mas para destacar a estrutura universal da compreensão de que modo de ser na história pelo homem.

Então é imprescindível entendermos como se deu o desenvolvimento da Hermenêutica para as Ciências Humanas, e, desta forma, possamos fixar a postulação de uma nova visão, um novo procedimento, que sirva como ferramenta para corrigir as distorções causadas por interpretações que não tenham o rigor científico que um ambiente constitucional de um Estado Democrático de Direito, principalmente dentro de uma Justiça que se destina a não permitir o enfraquecimento do próprio sistema democrático, demanda.

Por isso, devemos ressaltar a importância de Wilhelm Dilthey, pois, como visto nos momentos introdutórios desse capítulo, ele foi a raiz comum a todo o desenvolvimento hermenêutico para as Ciências Humanas, em sendo assim, revolucionou o estudo desses ramos do saber.

Em suma, na visão de Dilthey, as Ciências da Natureza se utilizam de compreensões hipotéticas (ou ainda, “hipostasiadas”), e, por isso, as Ciências Humanas tenderiam, por falta de outras opções, a se comportar como aquelas, fazendo a interpretação de seus objetos tomando por base os aspectos de aparências e duração.

Desse modo, a metodologia (abstrata) utilizada dentro das Ciências Naturais teria corolários negativos se usada fosse, nos mesmos parâmetros, nas ciências do espírito. De acordo com o pensamento de Dilthey, a ação das ciências abstrativas (naturais) afasta os objetos próprios das ciências do espírito da realidade a que pertencem, e, ao mesmo passo, despedaça tal realidade.

Porquanto isso, as decisões judiciais, por beberem da fonte das ciências do espírito devem ou pelo menos deveriam seguir um instrumento próprio de sua natureza. Quando não seguem o que a Hermenêutica ínsita à proposta de Roteiro Hermenêutico aqui construída propõem, há risco real de todo o aparato sociojurídico brasileiro ruir frente às mazelas que se fundam no solipsismo, pois em face desse mal não há sanção, há uma liberdade camuflada, para errar, para se decidir sem fundamento, para criar regras, normas, Direitos em decisões judiciais, para transgredir a competência dos outros poderes, para tornar um poder protagonista em relação aos demais, e, infelizmente, quando isso acontece, os responsáveis não estão sujeitos a nenhuma sanção, tudo acobertado pela liberdade de atuação do juiz, que, embora tenha limites, não tem nenhuma preocupação que o faça, para parar de errar, vez que, embora esses possam até agir por métodos, muitas vezes até sem perceber, ou ao agir de maneira aleatória, ao sabor de opiniões e vontades

peçoais, não se pode dizer que há orientação científica disponível ou até mesmo possível para isso.

Devido ao histórico mencionado, não se vem aqui desmerecer o caminho trilhado que leva ao estado de coisas atual, pelo contrário, vêm-se prestar honras a todo o desenvolvimento hermenêutico, que sirva à Justiça Eleitoral e à Democracia. Quando se fala de uma nova Hermenêutica Eleitoral, fala-se sobre a correta e boa utilização Hermenêutica Contemporânea existente, para que, em que tudo o que ela significa, seja respeitado e se abandone de vez o uso da hermenêutica como muleta teleológica, remetendo a brocardo jurídicos.

Dito isso, não se pode permitir que o trabalho de dezenas de pensadores, ao longo da história, tais como Sócrates, Platão, Aristóteles, Schleiermacher, Dilthey, Gadamer, Heidegger, entre outros igualmente relevantes para o desenvolvimento da Hermenêutica, seja esquecido por conta de os magistrados poderem ter sua decisão pautada em convicções voluntaristas, em desalinho com a atual Constituição Federal brasileira, e com o caráter científico da decisão judicial.

Falando de maneira explícita e com um tom de profunda preocupação, o que se encontra na Justiça Eleitoral hodiernamente em termos de formatação do processo decisório é um profundo ativismo. Como já muito bem salientado, há diversos dispositivos eleitorais que embasam a postura ativista. Inclusive, nesse âmbito, nessa Justiça, é uma conduta considerada até das mais comuns.

O que é mais gravoso no Ativismo é que ele gera complicações por conta de sua simples existência:

Tais complicações vão muito além da Teoria do Direito e da Hermenêutica Jurídica – âmbitos teóricos em condições de enfrentar plenamente o tema da criação judicial do Direito: atingem a Política e a sua capacidade de legitimamente atender aos clamores populares na busca do bem comum.

[...] O ativismo judicial representa, em última instância, a deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade. (TEIXEIRA, 2012, p. 38).

Essas decisões ativistas estão corrompendo as esferas de poder, o que é completamente pernicioso à sociedade de maneira geral. Decisões desse tipo abrem espaço para que não se pense em primeiro lugar nos direitos e garantias fundamentais, por exemplo, já que coloca em cheque vários preceitos

constitucionalmente assegurados para que o magistrado possa ter liberdade criativa quando de sua tomada de decisão. Sobre isso a doutrina expõe:

A jurisdição constitucional sai, gradativamente, de um '*judicial self restraint*', quanto aos juízos de natureza política, contidos nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar'. (PIÇARRA, 1989, p. 261) para desempenhar um papel mais ativo na interpretação/ criação do Direito (OLIVEIRA, 2001), atuando como verdadeira concretizadora das funções políticas do Estado. Passa-se, assim, a ser admitida a possibilidade de que 'um tribunal constitucional ultrapasse o limite imposto a ele' (GRIMM, 2006, p. 42-46) e, aplicando a Constituição, 'pratique realização política'. Como consequência, o foco da atenção científico-acadêmica se desloca do legislador para o juiz. Uma nova agenda propõe que se cuide não mais de convenções do passado (CALSAMIGLIA, 1998), mas da indeterminação do Direito e dos casos considerados de difícil solução. (NOBREGA, 2012, p. 137)²⁰⁸.

Por conta de tais mudanças, o Direito, como um todo, está sofrendo, de maneira macro; mudanças estruturais por vias transversas, que devem, urgentemente, ser limitadas, bastando, para tanto, respeitarem-se as leis e os preceitos já existentes. Os valores estão tomando poderes maiores que a própria lei e até a Constituição, como já foi amplamente demonstrado no presente trabalho. Isso leva a uma realidade jurídica perigosa, na qual o cidadão brasileiro não mais consegue ter previsibilidade na atuação judicial, principalmente quando se trata da atuação da Justiça Eleitoral, visão essa compartilhada pela doutrina de Paim (2015):

É pertinente que se assinale que, no Direito Eleitoral, a insegurança jurídica é tanta que não se admira que haja, até mesmo, desconhecimento de qual regra é válida, o que gera uma falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico, retirando do Direito a sua função de orientação. Ademais, há uma ausência de confiabilidade do Direito, tendo em vista a inconstância das decisões, não havendo verdadeira calculabilidade do ordenamento jurídico.

Ainda nos anos de 1995 e 1997 foram feitas pesquisas, no Brasil, sobre o Sistema Judiciário brasileiro. A de 1995 foi executada por Maria Teresa Sadek; e a de 1997, por Vianna, e registraram dados alarmantes.

²⁰⁸ Essa ruptura fica flagrante a partir da leitura da edição de 1960 da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em que, em seu capítulo 8, no ponto 2 (a interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade), diferentemente das edições anteriores, há uma inovação no conteúdo sobre a interpretação autêntica, que sai da mera interpretação dos enunciados normativos para, ativamente, e valorando princípios abertos, efetuar uma escolha dentre as possibilidades interpretativas existentes. (OLIVEIRA, 2001).

Esses trabalhos revelam que o magistrado brasileiro se vê como responsável por promover a mudança social e, em particular, reduzir as desigualdades sociais, dispondo-se, com frequência, a ignorar não apenas os contratos, mas também as leis na busca desse objetivo. Predomina a visão de que esse é um papel do juiz singular, mais do que do Judiciário enquanto instituição, e que nesse papel o juiz deve não apenas impor o direito feito pelo Legislativo, mas fazer ele mesmo o direito, buscando mais a 'justiça' do que a certeza jurídica. (PINHEIRO, 2003, p. 51, grifo nosso).

Não é então novidade a questão da atuação ativista dos magistrados brasileiros; isso comprova, sem deixar nenhum tipo de dúvida, que, dentro da realidade brasileira, alguns juízes cultivam uma autoimagem inatingível, alguém divinal que tem superpoderes para fazer o que bem entender, sem se importar com os ditames legais e constitucionais, e que, em assim procedendo, nada lhe acontecerá. O que demonstra uma postura ativista e despreocupada com várias premissas básicas que devem lastrear a atividade judicial; isso pode se subverter como verdadeira conspiração em desfavor da Constituição, infelizmente, isso acontece no Brasil.²⁰⁹

²⁰⁹ Nogueira (2019), até externando um testemunho, vez que Juiz Federal, além de laborar academicamente, admite essas ocorrências em nosso País e destaca as suas desconformidades fixando exemplos: "Acontece que nenhum juiz tem o direito de, a despeito da imunidade judiciária que predica o seu exercício, conspirar contra a Constituição da República, a qual ele jurou cumprir, velar e fazer cumprir. Com efeito, todo o sistema jurídico sofre abalos e a República desmorona quando a Suprema Corte, em especial, se descaracteriza como órgão constituído (não constituinte) do Poder Judiciário. O ativismo judicial, nestes termos, se expressa mediante forte carga política, um certo pendor metassistemático se manifesta enfaticamente e se torna mais perceptível do que o emprego previsível da tecnicidade subsuntiva que o exercício jurisdicional, em síntese, deve descrever para realizar sua função institucional clássica. No limite, o ativismo judicial não encontra pauta sequer na cognição dos objetos, na sua ordem natural, mas na espiritualidade do juiz, para o bem ou para o mal. É por isso que representa um perigo sério de imprevisibilidades na arte de produzir decisões, sobretudo ao nível da mais elevada instância da Administração da Justiça e nada obstante a universalização da matéria relacionada aos Direitos Humanos, porque, doravante, em certos casos já não cabe ao Supremo Tribunal Federal o monopólio da "última palavra", o direito de "errar por último", conforme uma célebre locução atribuída ao gênio de Rui Barbosa, pelo seu maior discípulo, João Mangabeira. É o caso, por exemplo, das cláusulas fundamentais estabelecidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, assinada em Nova York em 2006 e ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186, de Decreto Federal de nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Toda essa chancela não exclui, além de tudo, o denominado Protocolo Facultativo à Convenção de Nova York que, pela mesma intromissão normativa, dispõe sobre a competência do Comitê sediado na ONU (Tribunal Internacional) para dicção final acerca das violações às disposições da Convenção respectiva pelo Estado-parte correspondente, esgotados todos os recursos internos disponíveis (artigos 1 e 2 do protocolo). Matérias não previstas constitucionalmente como a exclusão de ilicitude para a prática de aborto em decorrência de deficiência (anencefalia, zika vírus etc) podem ser, ao fim e ao cabo, desaguadas naquele Tribunal Internacional com a finalidade de resgatar a Convenção de Nova Iorque de eventuais malversações produzidas no âmbito interno dos Estados-

Para entender esse contexto, é interessante se internalizar que o ativismo, enquanto ativismo cientificamente reconhecido, surgiu nos Estados Unidos quando do caso *Lochner v. New York*, e não no Brasil. Naquela oportunidade, verificou-se que “a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Nova York que estabelecia sessenta horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros, alegando ser “irrazoável” tal limitação à liberdade individual de contratar”.

E foi por conta do “historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da *Revista Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*, que o termo judicial activism entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular”. (TEIXEIRA, 2012, p. 38). Sabe-se que, desde o início, Schlesinger reconheceu uma característica fundamental do ativismo judicial, qual seja uma maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento de sua cientificidade, retrato extremamente adequado para dizer sobre a situação brasileira.

Dito isso, infere-se que o ativismo faz parte da sistemática do velho processo decisório, em que um ambiente constitucional como o atual não era a regra. Sendo que essa atuação antiquada não tem bases científicas nem uma preocupação com um padrão interpretativo, no qual um roteiro auxiliaria bastante. Não há uma preocupação, via de regra, quanto a sua forma e conteúdo.

A realidade da Justiça brasileira, em especial a eleitoral, está distorcida com magistrados que julgam sem critérios, objetivamente definidos, e que deixam desprotegida toda uma gama de jurisdicionados.

Para que se encaminhe uma nova visão a respeito da Hermenêutica Jurídica contemporânea no âmbito da Justiça Eleitoral se faz necessário que haja um norte que traga segurança jurídica, quando da interpretação no Processo Judicial Eleitoral, para que se evitem posturas que invadam frontalmente a atuação de outros poderes e a submissão à Lei não deixe de ser uma constante. Como bem identifica Nogueira (2019):

Observa-se da realidade institucional e cultural brasileira que estamos num momento em que o Direito se esfacelou por falta de reverência do Poder Judiciário à lei. É uma impossibilidade lógica o magistrado em ofício se arrogar dono do sentido da lei. A linguagem, como bem se sabe, é uma construção sociocultural, que nos impele

partes. Observe-se que as disposições da referida Convenção são, ademais, cláusulas pétreas no Brasil (artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal)”.

a segui-la enquanto indivíduos dotados de razão (inteligência objetiva). Lamentavelmente, o Poder Judiciário perdeu esse escrúpulo há muito, e vem fazendo escola. A culpa disso é indubitavelmente da doutrina e do ensino jurídicos, que são superficiais e caudatários da jurisprudência dos tribunais, cada vez mais envolvidos nos modismos da hora, nos ideologismos sociais e de costumes e nas idiosincrasias do poder político, ao invés de se lhes servirem de controle epistemológico, quando é o caso. De fato, juízes têm responsabilidade política, além de jurídica e social (Mauro Capelletti), mas no sentido de entregar a concretização das escolhas do legislador, sobretudo do constituinte, a quem tem seus direitos violados ou ameaçados de violação. É nessa atitude em que repousa a legitimidade e a razão de ser da atividade judicial. [...] Assim sendo, é sempre arbitrária a atitude hermenêutica que não encontra limites no seu próprio objeto, assim material quanto instrumentalmente. Que não se encontra na plataforma jurídico-normativa precedente, mal dissimulada pela vacuidade de expressões do tipo 'interpretação conforme' a Constituição, esta que é sua razão e fundamento mesmo de ser e de agir.

Nesse sentido, enxergamos na construção de uma via que funcione para fechar as portas para esse tipo de situação, onde o próprio Estado Democrático de Direito se vê atacado. Desta maneira, a partir de agora, será apresentado um modelo de Roteiro Hermenêutico que pode servir de ferramenta interpretativa, sem limitar a atuação de ninguém, para as decisões judiciais. Ele se estrutura em passos que devem ser seguidos para que o processo decisório seja feito da maneira adequada, isto é, que respeite todas as normativas constitucionais brasileiras. A cada passo será dada a explicação necessária para o melhor entendimento da proposta.

Ele se embasa na Teoria da Decisão Judicial de Streck e intenta não permitir decisões judiciais ativistas que, tendo em conta que atualmente esse tipo de decisão se prolifera, pelo fato de seus responsáveis não adotarem nenhum padrão comportamental e decisório, muito pelo fato de não lhes ocorrerem nada, nenhuma sanção, por desvirtuar o Direito e a atuação jurisdicional adequada a um sistema judicial regido por um texto constitucional de cariz democrático, como é o caso da Constituição brasileira de 1988.

Os países ainda subdesenvolvidos têm uma realidade democrática conturbada, isso é fato, e no Brasil não é diferente; para se entender assim basta se lançar um rápido olhar sobre os últimos anos da nossa história política na qual uma

polarização²¹⁰ se instalou e não é raro que na atuação judicial se encontrem alguns toques de correção social, como numa espécie de tutores da vontade popular que, em suas opiniões, deveriam se modificar, agem como se estivessem em um “estranho palanque sem votos”.²¹¹ (TASSINARI; LOPES, 2018).

Esses países, como o Brasil, têm processos recentes de democratização e, em uma lógica pós-Segunda Guerra Mundial, ainda não participam fortemente do campo democrático. O Brasil foi um dos países dessa classe que mais se desenvolveu em termos democráticos, contudo, nesse período, alternou entre regimes livres e ditatoriais. (AVRITZER; SANTOS, 2002, p. 57). A primeira Constituição brasileira foi elaborada em 1824, e seu texto:

[...] em matéria de limitação de poderes, relativamente bem-sucedido, tanto lá como aqui, não obstante o seu baixo grau teórico de legitimidade e suas discrepâncias com a inteireza democrática e representativa do século revolucionário que proclamara os direitos do homem e sagrara a inviolabilidade constitucional da separação de poderes. (BONAVIDES, 2001).

Em contrapartida, o regime ditatorial militar se instalou por duas décadas e meia (1964 a 1989) em cinco governos, incluindo um civil. Em seguida, veio a década de 1990, e com ela o renascimento do Regime Liberal Democrático (CODATO, 2005, p. 166-167), de forma que:

Esse padrão não-democrático da relação Estado-sociedade permanece por uma razão básica. [...] Na verdade, as reformas econômicas prescindiram de uma verdadeira reforma política, que aumentasse a representação, e de uma reforma do Estado, que favorecesse a participação. Ou melhor, as reformas neoliberais tiveram como precondição o arranjo autoritário dos processos de governo e a ausência de responsabilidade (accountability) dos governantes. Daí que sua implementação não combinou com as exigências de ampliação da cidadania e controle social sobre o

²¹⁰ Sobre o processo de polarização política vivido no Brasil, Oliveira (2018) afirma: “A polarização confunde o ambiente do espaço de atuação da política e do espaço de atuação da moral. Estão misturando uma coisa com a outra, colocando um discurso da moral como se fosse moralizando as pessoas para resolver os problemas sociais, econômicos e políticos do País, mas o modo como se apresenta isso cria uma dificuldade ainda maior. [...] Nós estamos na infância da democracia do Brasil e a democracia não é algo que você concede, ela tem que ser construída. Em um regime democrático, você tem que entender que todos e cada um são responsáveis por aquilo que vai acontecer, e, hoje, estamos querendo achar culpados”.

²¹¹ “Os atores políticos bem que alimentaram o monstro do ativismo judicial. Faziam isso para evitar os desgastes políticos naturais ao enfrentamento de problemas pelas vias institucionais legítimas. O resultado disso tudo foi deslocar a disputa para outro Poder, mas mantendo sua lógica. E não demorou para essa lógica tomar conta da cúpula do Judiciário, que passou a se comportar como se estivesse num estranho palanque sem votos”. (TASSINARI; LOPES, 2018).

Estado, suas burocracias e aparelhos de poder. Houve uma complementaridade entre o discurso ideológico liberal e as práticas políticas autoritárias, expressa na insistência em construir apenas a hegemonia social do capitalismo neoliberal, e não novas formas de legitimação política democrática. O déficit de cidadania é somente a face mais visível desse processo. (CODATO, 2005, p. 183).

Sabendo-se que o Brasil tem uma jovem democracia e que não está acostumado a ela, é válido que todos os que querem uma decisão judicial democrática se unam em torno do trabalho de montar estratégias para sua estruturação. Há, aqui, o Roteiro Hermenêutico proposto um passo à frente no caminho do estabelecimento de outra realidade histórica, no que tange às decisões judiciais, principalmente no que se refere às que se dão no âmbito do Processo Judicial Eleitoral.

O Roteiro Hermenêutico, a seguir descrito, visa auxiliar o intérprete aplicador do direito responsável por decisões judiciais com sete passos, iniciando e finalizando esse caminho por meio da estrita observância à Constituição Federal, para permitir ao intérprete chegar em uma decisão judicial constitucionalmente adequada e hermeneuticamente determinada.

Diante disso eis o **primeiro passo**: verificar se a norma a ser aplicada é constitucional. Nessa toada, é útil trazer à baila as seis hipóteses nas quais o juiz não aplicará uma lei:

- a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado²¹²;
- b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex*

²¹² O controle difuso de constitucionalidade é exercício no curso de um processo em que tenha sido suscitada uma inconstitucionalidade, sendo de competência de todos os tribunais ordinários e especiais. Assim, a questão constitucional, no controle difuso, é meramente questão prejudicial da causa principal. Ou seja, o objetivo não é atacar diretamente a norma eivada de vício, mas solucionar preliminarmente a questão constitucional como condição necessária para decidir acerca do caso concreto. O controle difuso poderá, ainda, ser suscitado também perante o Supremo Tribunal Federal, “via recurso extraordinário (Art. 102, III, a, b e c, da Constituição), recurso ordinário ou quando apreciar a inconstitucionalidade de normas fundadas em decisões recorridas (Art. 102, II, da Constituição)”. (BULOS, 2012, p. 206). E o controle concentrado é o de competência originária do Supremo Tribunal Federal (Art. 102, I, “a”) onde o exame é feito de forma direta, por meio de ação própria proposta com o objetivo específico de se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese (ação direta de inconstitucionalidade – ADI) ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ação declaratória de constitucionalidade – ADC).

anterioris, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*),²¹³ ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua 'literalidade') permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação 'texto-norma'. A interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*)²¹⁴, pela qual permanece a literalidade do dispositivo²¹⁵, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*)²¹⁶ do programa normativo sem que se produza

²¹³ Para Streck (2018, p. 406-407): A interpretação conforme a Constituição constitui mecanismo de fundamental importância para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais. A *verfassungskonforme Auslegung*, como é denominada na Alemanha, é um princípio constitucional, justamente em face da força normativa da Constituição, no dizer de Hesse, para quem, “segundo esse princípio, uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição. Essa consonância existe não só, então, quando a lei, sem a consideração de pontos de vista jurídicoconstitucionais, admite uma interpretação que é compatível com a Constituição. No quadro da interpretação conforme a Constituição, normas constitucionais são, portanto, não só normas de exame, mas também normas materiais para a determinação do conteúdo das leis ordinárias”. Entendo que a interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, mas um modo de interpretar a legislação à luz do texto constitucional, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (continuar a) (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição. Consequentemente, no campo da operacionalidade do direito, no momento em que alguém, no bojo de uma ação, alegar/requerer a aplicação do Princípio da Interpretação conforme e não for atendido, já estará apto a interpor o recurso extraordinário constitucional, uma vez que já estará atendido o requisito de prequestionamento. Ou seja, em sendo a interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) um princípio imanente, é direito subjetivo da parte que – em sendo efetivamente hipótese de seu cabimento – o juiz, o tribunal superior ou o Supremo Tribunal aplique o citado princípio.

²¹⁴ Para Streck (2018, p. 424): Em nosso sistema jurídico, releva notar que o Supremo Tribunal Federal de há muito – embora em pouquíssimos casos – vem aplicando a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) e a nulidade (inconstitucionalidade) parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), institutos herdados do direito alemão. Muito embora alçados à condição de técnicas de controle abstrato de constitucionalidade pela Lei 9.868/1998, a ponto de terem tais decisões eficácia vinculante e efeito erga omnes (sic), não se afigura correto afirmar que os institutos se equivalem.

²¹⁵ Técnica prevista em lei, mais especificamente no parágrafo único do Art. 28 da Lei nº 9.868/99: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

²¹⁶ A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto,

alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto²¹⁷, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio,²¹⁸ entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é ‘suspensa’ em casos de ‘insignificância’). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da applicatio hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese ‘a’. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*)²¹⁹ que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto. (STRECK, 2017e, p. 605-606).

têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (MENDES, 1998, p. 275)

²¹⁷ “O Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma”. (MENDES, 2009, p. 1299). A mesma técnica é possível de ser aplicada “em virtude da redação do texto impugnado, declarar a inconstitucionalidade de determinada expressão, possibilitando, a partir dessa exclusão de texto, uma interpretação compatível com a Constituição Federal” (MORAES, 2001, p. 44).

²¹⁸ Quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’ como enunciados assertórios ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc.; ele deve decidir por princípio. (STRECK, 2011, p. 472).

²¹⁹ A diferença ontológica (*ontologische Differenz*) é um dos teoremas fundamentais da hermenêutica, nas palavras precisas de Ernildo Stein. Nem o universal nem o empírico. Nem o objetivismo nem subjetivismo. Nem conceitos sem coisas nem coisas; que assujeitam o sujeito. Na máxima de Heidegger, isso é traduzido pelo enunciado “o ser é sempre um ser de um ente”. Eis o enigma: os fenômenos se manifestam. Exsurtem. Põe-se à mão por intermédio da linguagem. O ente só é no seu ser. Por isso não há caso entre palavra e coisa; entre fato e Direito. Daí a construção da relação texto-norma no contexto da diferença ontológica. [...] Para compreender a diferença ontológica entre ser e ente, é possível dizer, didaticamente: o fato de podermos dizer que algo é, já pressupõe que tenhamos dele uma compreensão, ainda que incerta, mediana. Somente nos relacionamentos com algo, agimos,

Quando se aborda o tema que alude a esse passo, é impossível não se ater ao que prega Dworkin (2014) sobre a ideia de integridade.²²⁰ Para o autor, a integridade tem duas vertentes, ou melhor, princípios. O primeiro é o da integridade da legislação, que exige que os legisladores criem direito de maneira principiologicamente coerente; já o segundo é o da integridade do julgamento, princípio esse que é bastante afeito ao objetivo da presente tese.

Na integridade do julgamento, note-se que sempre se tratará de um ato interpretativo, o responsável pelas decisões deve sempre se pautar na coerência do Direito, isso equivale a dizer que não podem haver decisões sem fundamentação, sem seguir o arcabouço constitucional criado no ordenamento jurídico à época do julgamento. Desta maneira, vale salientar que o direito como integridade:

Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. (DWORKIN, 2014, p. 271).

Torna-se imperioso, então, haver uma compreensão de que a atuação do intérprete se dê respeitando a integridade do Direito, alinhando o entendimento produto final da interpretação a um fundamento jurídico válido e aplicável ao caso

direcionamos nossas vidas na medida em que temos uma compreensão do ser. Ao mesmo tempo, só podemos compreender o ser na medida em que já nos compreendemos em nossa facticidade. (TROTIGNON, 1990; HEIDEGGER, 2012b). Embora sendo um conceito dos mais sofisticados e complexos é possível entendê-lo de forma “aplicativa”. Em todos os momentos, aplicamos a diferença. Quando olhamos para algo, essa coisa já nos aparece “enquanto algo”. Assim acontece na interpretação/aplicação do Direito. Quando me refiro a uma lei, o seu sentido – que me é sempre antecipado pela pré-compreensão – já me proporciona o sentido, que me é possibilitado pela diferença ontológica. Não percebo um texto sem “coisa”. Não me deparo com conceito sem coisas. [...] O texto já nos aparece com alguma norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete. O intérprete não é livre para atribuir qualquer sentido ao texto. Ele sempre está inserido em uma determinada tradição, que sobre ele exerce constrangimento. [...] A distinção entre palavras do texto e conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas. Esse parece ser o equívoco mais constante cometido pela comunidade jurídica. Isso pode ser percebido já no início das petições dirigidas aos tribunais, quando a temática é cindida em “dos fatos” e “do Direito”, como se um existisse ou fosse compreensível sem o outro. (STRECK, 2017b, p. 49-51).

²²⁰ Essa ideia “[...] começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. [...] Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza”. (DWORKIN, 2007, p. 274).

sob o talante da Constituição, de maneira que não pode o intérprete se olvidar em verificar se a norma aplicável ao caso detém ou não compatibilidade com a Constituição na forma das técnicas de interpretação constituicional colocadas acima.

O **2º Passo** é observar se a aplicação da norma pode significar uma “invasão” na competência dos Poderes Legislativo ou Executivo. No que tange ao processo de aplicação da Constituição, a aplicação dessa é resultado de sua interpretação, ou seja, de sua real compreensão enquanto Constituição, cujo acontecimento ocorre quando do ato de aplicação, não depois. (STRECK, 2017b, p. 22-23).

Entretanto, conforme é de conhecimento geral, várias correntes de pensamento jurídicas mundo afora foram recepcionadas de maneira errônea pelo contexto brasileiro, sem haver preocupações com as idiosincrasias do ordenamento e realidade locais. Podem ser citados alguns exemplos, como a Jurisprudência dos Valores e a Teoria da Argumentação Alexyana.²²¹

²²¹ Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (Teoria da Argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do HC 82.424, de 17.09.2003, que ficou conhecido como caso Ellwanger. Vejamos, em linhas gerais, o caso apresentado. Nesse julgamento, o STF negou pedido de declaração da extinção da punibilidade em favor de Siegfried Ellwanger, acusado de crime de discriminação e preconceito contra judeus. 195 Ellwanger era responsável pela edição, distribuição e venda de livros antissemitas de sua própria autoria (Holocausto: judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século) e de outros autores nacionais (e.g., Brasil, colônia de banqueiros, de Gustavo Barroso) e estrangeiros (e.g., O judeu internacional, de Henry Ford). A conduta de Ellwanger estava tipificada criminalmente no Art. 20 da Lei 7.716/1989, cuja pena era de dois a cinco anos. Foi absolvido em primeiro grau, e condenado em apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Perante o STF, a defesa sustentou que o fato imputado contra o paciente prescreveu, uma vez que a discriminação contra judeus – ao contrário da discriminação de cor – não seria protegida pela imprescritibilidade constitucional do crime de racismo (CF, Art. 50, XLII). O relator, Min. Moreira Alves, votou pelo deferimento do habeas corpus, sustentando que os judeus não poderiam ser vítimas de racismo, por não constituírem uma raça. Baseou seu voto (constitucionalmente inadequado) em argumentos de política, principalmente no fato de que a Assembleia Constituinte pretendia tornar imprescritíveis apenas o racismo praticado contra negros. Coube ao Min. Maurício Corrêa inaugurar a divergência que sairia vencedora, apontando o óbvio: o nazismo que permeava as obras publicadas por Ellwanger era fundado essencialmente em uma superioridade de raça. Hitler, com embasamento pseudocientífico nas ideias de Gobineau (1816-1882), tratava os semitas como uma raça inferior, impura, e outras coisas do gênero. Durante o nazismo, o povo judeu passou a ser tratado como sub-raça, e eram essas as opiniões que Ellwanger professava por aqui. Assim, indiretamente, o Min. Corrêa recolocou a questão em seu devido lugar: o critério de racismo não pode se fundar apenas em um conceito lexicográfico de raça, e a raça, para fins de proteção jurídica, não se limita a uma semelhança de características físicas, como a cor da pele. Ainda que o Ministro não tenha fundamentado dessa forma, trata-se de uma contextualização da tradição: a história do século XX – com a perseguição antissemita e o holocausto – importa nessa análise. E, acrescento, resgata os argumentos de princípio, uma vez que a erradicação das discriminações e preconceitos é um objetivo da República (Art. 30, IV, da CF), o que tem caráter deontológico. No entanto, parte do Tribunal entendeu que se estava diante de uma colisão de princípios constitucionais. Princípios esses que, por sua vez, assentavam-se em valores conflitantes entre si. Nesse sentido, o Min. Carlos Ayres Britto, após ver no caso uma “contradição entre princípios jurídicos”, com “modelos normativo-princípios em estado de fricção e que chegam a

A Jurisprudência dos Valores,²²² que foi uma teoria construída no segundo pós-guerra, com fortes traços jusnaturalistas, surgiu na Alemanha, para que se apaziguassem os ânimos, depois de outorgada pelos aliados a *Grundgesetz* (1949). Isso quer dizer que a hipótese de o direito ser distinto da lei pode valer naquele momento por ser ele uma situação historicamente única e delicada, em que a

descambar para uma recíproca excludência”, entendeu, por juízo de “proporcionalidade”, que os fatos atribuídos a Ellwanger eram penalmente atípicos, frente à liberdade de expressão. O Min. Marco Aurélio de Mello igualmente colocou a liberdade de expressão e a vedação ao racismo na balança, e, ao fazer a ponderação dos valores em jogo (inclusive com citação expressa de Alexy e referência ao caso Luth, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1958 e tido como pioneiro na ponderação de princípios), concluiu pela primazia da liberdade. De todo modo, é preciso anotar que, muito embora tenha sido objeto de inúmeros debates e tenha rendido uma longa discussão na Suprema Corte (o acórdão tem não menos que 488 laudas!), a solução da controvérsia era na verdade constrangedoramente simples. Não havia nada a ponderar, por uma simples razão: a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista. E racismo é crime. Imprescritível. Nesse sentido, foi o voto do Min. Celso de Mello. Em linha similar, o Min. Gilmar Mendes lembrou de que as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio (hate speeches), pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia. Como já foi adiantado, o HC acabou negado. Contudo, os votos vencidos, embasados ou em argumentos de política ou em juízos de ponderação, bem demonstram os perigos que se corre com a Teoria da Argumentação alexyana à brasileira (que desconsidera os procedimentos formais estabelecidos por Alexy e termina por mesclar a ponderação alexyana com o modelo interpretativo próprio da chamada jurisprudência dos valores). Dito de outro modo: o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade, (STRECK, 2018, p. 291-292).

²²² Nessa perspectiva de busca por alternativas metodológicas que rompessem com o modelo anterior, a Jurisprudência dos Valores foi construída como avanço em relação à Jurisprudência de Interesses a partir do ideal de separação entre direito e subsunção. (LARENZ, 1997, p. 163). A aplicação da lei por subsunção “[...] requer, como já se apontou, em muitos, se não na maioria, dos casos, que a norma a qual a situação de facto deva ser subsumida seja previamente interpretada, isto é, que seja estabelecido o seu sentido preciso e determinante” (LARENZ, 1997, p. 165) e, por isso, deveria ser fundamentada em uma ordem de valores coletivamente aceita dentro de um grupo social, de modo que fosse admissível que o juiz “[...] quando a norma carece de interpretação, forme em primeiro lugar o seu convencimento do que seria aqui a decisão ‘justa’ [...] e só então [...] passe a procurar fundamentar na lei o resultado previamente obtido”. (LARENZ, 1997, p. 168). Deste modo, a justiça da decisão seria determinada pelo “sentimento jurídico”, cuja impossibilidade de aferição é confessada pelo próprio Karl Larenz, para quem “[...] a própria questão do que seja o conteúdo de tal sentimento, o que é que é verdadeiramente ‘sentido’, é desde logo polêmica” (1997, p. 169). Sendo a decisão judicial amparada em juízos de valor ou na ponderação de bens e interesses, os teóricos que seguem essa corrente se questionam sobre a existência de critérios orientadores da valoração e da ponderação ou se, ao contrário, elas dependem somente dos “valores do juiz” e da sua opinião. Quais os limites da decisão de natureza objetiva e em que medida o juiz “escolhe” ao invés de decidir? A resposta de Zippelius, aceita por Larenz (1997, p. 173), é de que a “bússola das valorações” dos agentes com poder decisório é o ethos jurídico dominante nas concepções de justiça de uma comunidade, não como soma de todas as concepções, mas como unidade resultante de uma suposta consciência múltipla de um grupo social. Apesar de parecer impossível determinar o hipotético conteúdo de uma consciência coletiva, os defensores dessa teoria acreditam que ele pode ser encontrado na forma de direitos fundamentais inscritos nas constituições, em outras normas jurídicas, em proposições jurídicas fundamentais da atividade jurisprudencial e administrativa, nos costumes e instituições da vida social e, por fim, num “[...] ‘uso tradicional’, mas apenas ‘quando constitui expressão da concepção valorativa dominante’”. (LARENZ, 1997, p. 173). Essas “fontes valorativas” parecem, na realidade, opostas aos direitos fundamentais da atualidade, pois, ao valorizar um suposto “sentimento coletivo”, ignoram as minorias, que têm proteção especial nas cartas constitucionais como a brasileira. (TASSINARI; MENEZES NETO, 2013, p. 22-23).

legalidade era extremamente fechada e “de nada adiantaria que a sua aplicação somente seguisse o texto legal.

Porém não apaga o fato de se tratar de uma Teoria com fortes traços subjetivistas e até irracionais”, de maneira que desprende muito mais energia em resolver problemas sociais do que em interpretar e explorar o elemento hermenêutico do Direito; de modo que, nesse contexto, prevaleceu uma grande subjetividade do intérprete quando do momento interpretativo. (STRECK, 2017e, p. 79).

Naquele momento histórico particular, havia a necessidade de se revelar o sentido da Constituição de acordo com o desenvolvimento social e valorativo; contudo, a realidade brasileira hodierna, virtualmente, em nada se assemelha à alemã do período pós-guerra, sendo a teoria em discussão completamente dissonante das necessidades encontradas no Brasil, onde, infelizmente, se veem tentativas por parte do Judiciário de realizar uma leitura do sentimento do povo, ou o “sentimento social” que tanto propala um dos Ministros da Suprema Corte brasileira²²³, destacando-se essa passagem quando defende o papel iluminista do STF²²⁴, ou sejaja, seria uma verdadeira licença para mexer na sala de máquinas do sistema jurídico sem que isso passasse por qualquer crivo de legitimidade popular, uma verdadeira desconsideração da força e do papel do Direito, da Ciência Jurídica, na sociedade.

Já na Teoria da Argumentação de Alexy, o autor apresenta o *caráter prima facie* dos princípios e das regras, até como critério de diferenciação e solução do que ele entende como colisão. Para ele, “princípios são normas com grau de generalidade relativamente mais alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, 2011, p. 87). E “exigem algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes, nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”. (ALEXY, 2008, p. 104). Quanto às regras, o seu caráter *prima facie* “se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou

²²³ “Você pode, eventualmente, ser contramajoritário, mas se repetidamente o Supremo não consegue corresponder aos sentimentos da sociedade, vai viver problema de deslegitimação e uma crise institucional”. (BARROSO, 2019)

²²⁴ “Por fim, no tocante à crítica doutrinária — referente aos papéis de uma suprema corte, inclusive o papel iluminista, que eu defendo [...]. (BARROSO, 2018).

decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte”. (ALEXY, 2008, p. 106).

E quanto à problemática na importação da Teoria Alexyana é que os tribunais²²⁵ de forma descuidada “transformaram a regra da ponderação em um princípio [...] utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos”. (STRECK, 2017e, p. 80). Isso explica grande parte de decisões desarrazoadas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Em sendo assim, de modo a saber se há invasão da competência de algum dos poderes acima, devem ser observadas as normas que tratam disso. Nos arts. 30²²⁶, 32, § 1º²²⁷ e 48 a 52²²⁸ da CF/88 (Poder Legislativo) e arts. 25²²⁹ e 84²³⁰

²²⁵ A recepção do exame de proporcionalidade é, no Brasil, caracterizada por certa imprecisão e sincretismo. Em geral, a ideia de proporcionalidade é reduzida a um mero exame de razoabilidade, intrínseco à tradição do common law. Em muitas interpretações, a proporcionalidade é reduzida à condição de mero instrumento retórico do método da interpretação teleológica de uma relação entre meios e fins, como indicação do vínculo lógico entre uma providência legislativa e a finalidade por ela visada. A ponderação é apresentada, assim, como método ao qual se recorre, na hipótese de não mais ser possível decidir mediante a aplicação de uma norma. (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p.176-177).

²²⁶ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006); VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

²²⁷ Art. 32. § 1º Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

²²⁸ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas; IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento; V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União; VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas; VII - transferência temporária da sede do Governo Federal; VIII - concessão de anistia; IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012) (Produção de efeito); X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o Art. 84, VI, b; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001); XI - criação e extinção

de Ministérios e órgãos da administração pública; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001); XII - telecomunicações e radiodifusão; XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal; XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003); Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar; III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias; IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas; V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; VI - mudar temporariamente sua sede; VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998); IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; XV - autorizar referendo e convocar plebiscito; XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares. Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 1994). § 1º Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério. § 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não - atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 1994). Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa; III - elaborar seu regimento interno; IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998); V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

229

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado. § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995). § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e

(Poder Executivo) da CF/88. As competências são estabelecidas por normas de matéria constitucional, logo, tem imperatividade e todas as outras prerrogativas que esse tipo de norma possui, dada a sua natureza, devendo, pois, o intérprete atentar para isso.

O **3º passo** é analisar se o devido processo legal foi respeitado até o momento da aplicação da norma. Deve o julgador fazer isso, pois não há como relativizar esse direito; existindo situação de descumprimento deste princípio, não há como aplicar a norma pretendida sem encarar esta situação e decidir sobre eventual nulidade, antes de pensar na questão de fundo da decisão em si.

microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

²³⁰ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado; II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente; VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001): a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001); b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001); VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio; X - decretar e executar a intervenção federal; XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias; XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99); XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União; XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII; XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional; XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas; XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição; XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei; XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do Art. 62; XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição. Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Se o devido processo (Art. 5º, LIV,²³¹ CF/88) legal foi observado, são trazidos também outros princípios afins: contraditório, ampla defesa, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, juiz natural, fundamentação da decisão, igualdade, dentre outros mais. Sobre isso, *in verbis*:

Ressalte-se que a previsão em nossa atual Constituição Federal do dever de fundamentação das decisões judiciais, correlato a um direito fundamental de qualquer cidadão brasileiro, adequa-se ao Estado Democrático de Direito e aos princípios e garantias fundamentais que norteiam o processo. Intimamente ligado ao princípio do devido processo legal, tal previsão em sede constitucional impede ou freia qualquer ímpeto do legislador infraconstitucional em mitigar ou suprimir a aplicação desse princípio. Dessa forma, caberia ao legislador silenciar ou adotar a postura de esmiuçar o dever de fundamentação, mas jamais suprimi-lo ou mesmo mitigá-lo. Por isso defenderemos adiante que o rol das hipóteses de decisões que não se consideram fundamentadas, previstas no art. 489 do CPC/2015, é meramente exemplificativo. (GOUVEIA, 2017, p. 249).

Ainda sobre o terceiro passo, sabe-se que, para proteger o devido processo legal, o magistrado precisa cumprir o Princípio da Inércia, e que depois a ação pode seguir por impulso oficial. Importante também frisar a necessidade de o procedimento ser constitucionalmente compatível.

Salienta-se, também, que o processo judicial brasileiro é regido pelo sistema acusatório, desta feita, ao juiz não cabe o papel de ir procurar provas (como aqui já tratamos anteriormente ao tratarmos sobre a verdade real), devendo-se respeitar às provas formais, tendo em vista que a verdade real não deve fazer parte dos autos, protegendo também a dignidade da pessoa humana. Isso ocorre porque o sistema acusatório se caracteriza pelo fato de o juiz, que possui paixões humanas e valores conscientes e inconscientes, abster-se de ir procurar e produzir provas, já que a busca pela verdade real não se deve sobrepor às garantias do acusado; são a vedação de provas ilícitas e a presunção de inocência substratos cruciais do Estado Democrático de Direito (KHALED JR, 2010). Nesse tocante, frisa-se que:

Diante de tal realidade, veremos que qualquer posição adotada, no sentido de que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pelas partes, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, não tem mais sentido diante desse novo modelo de processo civil, já que de

²³¹ Art. 5º LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

nada adiantaria uma visão cooperativa e dialógica do processo se os argumentos trazidos pelas partes, especialmente aqueles em tese capazes de infirmar a conclusão do julgador, pudessem simplesmente ser ignorados por juízes e tribunais. (GOUVEIA, 2017, p. 245).

Destarte, muito embora, seja comum se verificar uma busca pela salvação do Processo Judicial Eleitoral por meio da aplicação da regra do Art. 219 do Código Eleitoral, aqui neste trabalho já debatida, o descumprimento de procedimentos estabelecidos em lei, sozinho, já significa prejuízo incalculável a parte, pois se trata de Direito Fundamental. Relativizar esse Direito é emprestar mais insegurança ao processo e dar espaços para arbítrios.

O **4º Passo** é fundamental, com integral justificativa, a aplicação da norma no caso (Art. 93, IX, da CF/88²³² e 489,²³³ do CPC de 2015), existindo, neste ponto, respeito ao quarto princípio apontado por Streck (2014).

De tal mote, “nota-se a importância dada pela decisão às peculiaridades do caso concreto, de modo que a sua razoabilidade decorrerá da apreciação e da fundamentação, pelo juiz, segundo o processo decidido”. (NOBREGA, 2014, p. 114).

Quando ainda vigorava o antigo Código de Processo Civil de 1973, o livre convencimento era aceito e praticado. Gerações de juízes de Direito se habituaram em ver e prolatar decisões parcamente fundamentadas ou não fundamentadas.

²³² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²³³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o Princípio da Boa-Fé.

Nesse contexto, é relevante que se compreenda a necessidade do, aqui já tratado, respeito a integridade do Direito; o magistrado deve, para tanto, persegui-la com a coerência, a fim de conseguir uma resposta constitucionalmente adequada.

O Direito é como se fosse um romance escrito por vários autores. Cada um dos capítulos do livro deve estar em consonância com os outros. Mesmo que ele seja escrito a diversas mãos e que cada mão tenha uma história de vida e pensamentos próprios, ele precisa seguir a ideia central do livro e se dispor de modo a construir uma narrativa coerente e que seja íntegra quando pensar em tudo o que foi escrito antes, de modo a fazer parte do todo, sem ser um corpo estranho. (DWORKIN, 2014).

A metáfora do romance aplica-se ao Direito porquanto as decisões são, também, feitas a muitas mãos. As quais possuem historicidades próprias, que se não forem expostas a um mesmo mecanismo racional decisório, uma Teoria, resultarão em decisões diferenciadas que não transmitem segurança jurídica à sociedade. As decisões precisam se coadunar, de modo que um direito íntegro e coeso possa existir.

Desta forma, na decisão precisa haver a justificativa de cada ponto que a motivou, precisam estar explícitos os porquês jurídicos de tal resposta. Não podem haver valorações, análises solipsistas e coisas do gênero, devendo a regra do Art. 489 ser cumprida na sua integralidade.

O **5º Passo** do Roteiro Hermenêutico aqui proposto consiste em observar o texto legal interpretado no seu sentido, sem ampliá-lo, ignorando conclusões subjetivistas, com aplicação do primeiro, segundo e terceiro princípios idealizados por Streck (2014). Importante assentar que a ideia de sentido aqui posta é a construída por Heidegger: “Sentido é a perspectiva em função da qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção pessoal prévia. É a partir dela que algo se torna compreensível com algo”. (HEIDEGGER, 1999, p. 208).

Nisso está incluído o dever de o julgador ter o texto legal interpretado no seu sentido *adequado*, sem ampliá-lo (isto é, sem julgar *extra legem*), ignorando conclusões subjetivistas (quinto passo). Com isso, tem-se a aplicação do primeiro, segundo e terceiro pontos defendidos por Streck (2014) como hipóteses de não aplicação de uma norma, como foi visto aqui no primeiro passo.

Não cabe ao intérprete a criação de Direito, cabendo-lhe aplicar a norma nos termos trabalhados à exaustão no presente trabalho. Não há uma grande missão

divinal posta ao juiz, quando ele passa no concurso e vai exercer seu trabalho público. O julgamento não é um ato solitário e místico, que dá poderes além das capacidades humanas para quem passa em uma prova, é algo que deve ser adequado a uma gama de normas postas em um ordenamento jurídico. (STRECK, 2017c, p. 156).

A doutrina e a jurisprudência são fontes do Direito, e desde que elas estejam constitucionalmente avalizadas, o juiz pode e deve se utilizar delas, como um cientista se utiliza daqueles que vieram antes dele e que produziram conhecimento correto.

O **6º Passo** é não ressignificar termos das normas legais livremente, pois qualquer construção de sentido que não represente uma “atribuição de sentido conforme a Constituição” pode se tornar uma construção legislativa, o que remeteria o intérprete de volta ao segundo passo.

Feito isso, o intérprete, levando em consideração que a “linguagem é um elemento de fixação do sentido da própria prática, cria e dissemina sua lógica interna”. (ROSENDO, 2015, p. 5); não se pode ressignificar termos da legislação aplicável ao caso, principalmente se o fizer fora do contexto ao qual se construiu e se destina aquela norma (eis aqui a ideia de *finalidade constitucional*).

Caso o faça, é possível que os significantes tenham alterados seus significados em cada prática, em cada universo que for inserido. Ou seja, esses terão seus significados alterados não só no interior de cada prática comunicativa, mas na relação entre intérprete e regra jurídica.

A interpretação pressupõe o alcance do sentido das palavras. Para verificar se a estrutura da frase admite determinado sentido, é preciso levar em conta sempre a adequação da norma (do sentido atribuído à determinada previsão legislativa) ao texto constitucional, vez que uma palavra pode ter duplo significado.

O processo interpretativo será sempre de *ida e vinda*: do texto (da palavra), até a construção de seu sentido, a partir de uma adequação vetorial com a Constituição (eis o surgimento da norma); e, por outra via, do contexto do sistema jurídico (daquilo que se extrai da sua integridade) para a norma.

Dessa maneira, é equivocado atribuir novo significado ou ressignificar uma expressão com a finalidade de fazer com que o texto jurídico diga aquilo que está unicamente na compreensão do intérprete, e não no contexto do texto da norma.

Não pode o intérprete ressignificar expressões normativas legais sem que tenha o mínimo de congruência, coerência e integridade com a tradição²³⁴ que vincula os significados atribuídos a esse texto normativo, respeitando a Teoria dos Efeitos. (GADAMER, 2001).²³⁵

Não há como se permitir que “cada nova interpretação ressignifique todo o contexto dos sentidos já atribuídos ao texto, de modo a confirmar, modificar ou negar os sentidos havidos, como também para criar um sentido inédito” (ROSENDO, 2015, p. 72), pois isso seria conturbar o processo interpretativo, levando-lhe a infinitas possibilidades; o que não é possível em um ambiente constitucional; vez que existe a noção de sentido, não pode ser algo fluido, pelo contrário, na ideia de Culler (1999, p. 69) seria:

O sentido é uma noção inescapável, porque não é algo simples ou simplesmente determinado. É simultaneamente uma experiência de um sujeito e uma propriedade de um texto. É tanto aquilo que compreendemos como o que, no texto, tentamos compreender. Discussões sobre o sentido são sempre possíveis e, sendo assim, o sentido é impreciso, está sempre a ser decidido, sujeito a decisões que nunca são irrevogáveis.

Neste passo, o intérprete deve praticar a suspensão não só de seus preconceitos (de seus [pré]juízos), mas interagir com o horizonte interpretativo do texto, situando-se no limite entre aquilo que está previsto e o que pode ser construído (como *applicatio*) em relação ao sentido do texto – a norma.

²³⁴ A tradição é essencialmente conservação, e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. Diante disso, a propriedade da tradição é um reconhecer a si mesmo, que se dá como um acontecer da tradição e essa experiência produz uma transformação a qual se dá espontânea e imperceptivelmente. (GADAMER, 2001, p. 371).

²³⁵ Teoria dos Efeitos, segundo a qual uma linha de interpretação coincidente e coerente é traçada pelos inúmeros intérpretes dessa obra, que dirá ao novo intérprete se sua interpretação está correta ou não. Isso é chamado de tradição, o que vinculará o conceito de verdade desse texto; a tradição sobre um determinado texto conformará o sistema de correção do próprio texto. Ensina Rosendo (2015, p. 71) sobre o tema: “A vontade do autor perde o sentido quando a obra é publicada. O sentido que o leitor dará ao texto pode ser diferente da interpretação que o autor lhe dá. A refilmagem ou a montagem de uma peça teatral serão necessariamente diferentes do original, porque nisso são introduzidos os valores e conceitos do produtor. Assim, o intérprete ajuda a complementar o texto, pois lhe adiciona conteúdo. Gadamer (2001) assevera que esse mecanismo não implica relativismo, porque sua argumentação se apoia na Teoria dos Efeitos, segundo a qual uma linha de interpretação coincidente e coerente é traçada pelos inúmeros intérpretes dessa obra, que dirá ao novo intérprete se sua interpretação está correta ou não. Isso é chamado de *tradição*, o que vinculará o conceito de verdade desse texto; a tradição sobre um determinado texto conformará o sistema de correção do próprio texto. Ou seja, trata-se de um processo de socialização do conceito de verdade, algo histórico, sendo o autor apenas um intérprete, sem nenhum direito especial à interpretação de sua obra”.

Trata-se de uma adequação à proposta de Gadamer (2012), quando resgata a ideia grega de diálogo, de Sócrates (PLATÃO, 2001); ou seja, através de uma disputa interpretativa, é possível acolher um bom argumento ou descartar aquele falacioso.

Seguindo esta linha, deve haver uma fusão de horizontes entre o intérprete e a norma legal, da qual advirá a interpretação:

Na medida em que cada intérprete se situa num novo horizonte, o evento que se traduz linguisticamente na experiência hermenêutica é algo novo que aparece, algo que não existia antes. Neste evento, fundado na linguisticidade e tornado possível pelo encontro dialético com o sentido do texto transmitido, encontra a experiência hermenêutica a sua total realização. (PALMER, 1997, p. 211).

Gadamer (2012, p. 399) explica que horizonte “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto”. A partir deste ponto o autor traz a fusão de horizontes como uma saída para a articulação de camadas de sentido inautênticas. Portanto, a fusão de horizontes:

Implica poder o que é olhar o que é novo e compreendê-lo como novo. E ter as condições para evitar que o que é velho (inautêntico, não verdadeiro) obscureça as possibilidades transformadoras do novo [...]. A problemática relacionada ao conceito de princípio pode ser um bom exemplo para entender o sentido da fusão de horizontes. (STRECK, 2017b).

Importante a prática do que se propõe nesse passo, pois se trata de uma forma de demonstrar que a Hermenêutica é a condição de possibilidade para conhecer qualquer coisa, não um método para que se entenda algo, pois não há separação de compreensão e interpretação. Ou seja, a interpretação é um ente existencial.

Imperioso, então, assentar que a interpretação não é um ato de vontade do intérprete. Ele será um dos muitos a lidar com aquele texto, com o qual poderá desenvolver uma relação direta e própria, porém, não idiossincrática o suficiente para desconsiderar seu pertencimento ao amplo universo dos intérpretes da seara jurídica contemporânea.

Não há, pois, espaço para a colocação de condições de verdades pessoais do intérprete, visto que a apreciação semântica limita o intérprete, não abrindo

possibilidades de ressignificações capazes de alterar ou criar sentidos das normas legais sem o amparo do sistema em que se encontram.

Por fim, o **7º Passo** consiste em verificar se a conclusão da interpretação dada ofende a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF), o Princípio da Moralidade (Art. 37, caput, CF/88) ou o Estado Democrático de Direito, observando-se o quinto princípio apontado por Streck (2014), pois, principalmente no que tange ao primeiro ponto desse passo:

A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma, do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2001, p. 231).

Sobre o segundo item proposto, neste passo, é importante fazer o devido enquadramento constitucional, e não valorativo, pois:

A moralidade tem a função de limitar a atividade da administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma, que o atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo consagrados no alcance da imposição do bem comum. (DELGADO, 1992, p. 4).

Por fim, conforme tudo o que foi explicitado e de acordo com os julgados analisados neste trabalho, os quais desconsideram a Hermenêutica em sua forma mais adequada, há a necessidade da análise de tal postura na Justiça Eleitoral, apresentada e investigada neste estudo. Por isso, é imperioso se verificar a forma de interpretação utilizada na aplicação do Direito, para que se tente demonstrar onde residem os equívocos e quais as soluções trazidas por esse movimento de crítica (ou nova crítica) ao Direito para a correção das decisões judiciais.

A partir da premente necessidade dos passos aqui relatados, percebe-se que, quando inexistente uma Teoria da Decisão que norteie o processo decisório, há vários tipos de más consequências. Uma das primeiras a aparecer é abarcar Teorias alienígenas que são recepcionadas de maneira pouco inteligente e nada integrativa, como já vimos alguns exemplos no início da explanação do Roteiro aqui proposto. (STRECK, 2017e, p. 89).

Há também a mais completa confusão sobre o que fazer e o que não fazer dentro do processo decisório. O ativismo judicial entra em cena nesses casos e a segurança jurídica é esquecida. Por tudo o que foi dito, vê-se que há a pulsante necessidade de se adotar uma Teoria da Decisão Judicial, de modo a contornar os problemas que o cenário jurídico brasileiro está tendo. E sobre isso trataremos adiante, de modo a restaurar as esperanças para o respeito ao Estado Democrático de Direito no Brasil, principalmente dentro do Processo Judicial Eleitoral.

5.3 O Roteiro Hermenêutico e a Ausência de Método Interpretativo: seu elo com a crítica hermenêutica do direito

O estudo de Gadamer, como visto, é a base para a compreensão do alcance da Hermenêutica Contemporânea, pois influenciou e influencia gerações de pesquisadores da área, e não poderia deixar de estar presente quando da fixação dos alicerces do Roteiro Hermenêutico aqui apresentado.

Como observado anteriormente, os passos do Roteiro Hermenêutico são de extrema relevância para a salutar aplicação de uma norma, com base no contexto apresentado. Tendo isso em vista, faz-se necessário aprofundar os estudos acerca da Teoria Gadameriana, no que diz respeito a sua ideia sobre a não aplicação de métodos, e avaliar como, diferentemente do que possa parecer, não se procura, dentro das Ciências Humanas, alcançar um método ou uma verdade geral e imutável. Em vez disso, percebe-se que na seara humana é mais importante conseguir trabalhar com os aspectos linguísticos do que tentar emperrá-los em engrenagens feitas para rodar outros tipos de ciências, quais sejam as naturais.

Stein (2014), na linha de Heidegger,²³⁶ preleciona que Gadamer foi quem começou a se utilizar do termo Hermenêutica Filosófica, e isso bombardeou a Hermenêutica com um novo modo de ser. Ele teria majorado o que se compreendia como Hermenêutica, fazendo com que tivesse forte ligação com a Filosofia em si. “A

²³⁶ Rohden explica (2012, p. 6): “O próprio Heidegger, em uma carta a O. Pöggeler de 5/1/1973, assinalou uma diferença básica entre ele e seu discípulo: ‘a filosofia hermenêutica’ é coisa de Gadamer”. (HEIDEGGER apud GRONDIN, 2001, p. 21). Com certa ironia e ceticismo ele pôs um sinal de interrogação à pretensão universalizante da hermenêutica gadameriana em relação à ‘filosofia do ser’: ‘em Heidelberg está Gadamer que crê poder solucionar tudo com a hermenêutica’. (HEIDEGGER apud GADAMER, 2004, p. 56).

Filosofia se tornara um adjetivo da Hermenêutica, assim como existiam [...] as hermenêuticas bíblica, jurídica, literária, histórica”. (STEIN, 2014, p. 209).

Era um caminho difícil e grandioso a ser trilhado por Gadamer, e assim ele o fez; mas é imperioso afirmar que não há na sua obra a intenção de estabelecer um critério de verdade enquanto possibilidade interpretativa, mas sim abrir horizontes para que se alcance um conhecimento que sem a Hermenêutica seria difícil de ser alcançado.

A Hermenêutica, ainda de acordo com Stein (2014), após ganhar a adjetivação gadameriana, trouxe para si aspectos de universalidade, visto que abarcava quaisquer atividades humanas de interpretação, e isso levaria a uma situação em que tanto o trabalho das ciências do espírito, que se ocupam com textos, quanto o próprio trabalho da Filosofia passariam a ser englobados numa visão mais abrangente que envolve toda a pesquisa histórico-filológica, mesmo a da Filosofia.

Significa dizer que Gadamer trouxe a Hermenêutica para um novo patamar, um nível geral de compreensão e trabalho na seara da interpretação, fazendo, assim, com que o conhecimento fosse a maneira mais ampla de se apreender o acontecimento do sentido. Quanto à sua relação com a Fenomenologia e a Hermenêutica, é sabido que:

Havia, certamente, uma elaboração muito pessoal do filósofo, da questão de como esses dois conceitos deveriam ser compreendidos na filosofia, sendo provavelmente predominante o contexto literário e ético que lhe interessava no estudo do pensamento grego. Gadamer direcionava sua compreensão da fenomenologia para um campo de análise de questões filosóficas que lhe vinham dos neokantianos. É deles que recebe influência também o conceito de compreensão e de sentido. Isso já pode ser visto como um quadro teórico que se distanciava da maneira de Heidegger desenvolver seu conceito de fenomenologia e seu projeto de ontologia hermenêutica. (STEIN, 2014, p. 211).

A partir do trecho acima, percebe-se que, apesar de ter bebido na fonte de grandes teóricos, Gadamer utiliza esses pensamentos diversos e os recria em sua própria noção Hermenêutica; daí, talvez, uma razão pela qual, no Brasil, de certa forma, se fuja tanto da absorção dos avanços da Ciência Hermenêutica, principalmente no âmbito do Direito, pois não há fórmula pronta nem se trata de algo simples. Por isso entendemos haver a necessidade de se estabelecer um caminho a

seguir para que se compreenda que o processo interpretativo no âmbito de um Estado Democrático de Direito não pode ficar adstrito a formulações pessoais sem a devida integração ao modelo constitucional que rege todo o ordenamento jurídico pátrio.

Como visto anteriormente, ao interpretar um texto, o sujeito precisa se deixar persuadir pela ideia contida naquelas palavras, e o texto é escrito de modo a ser uma possível verdade. Para Gadamer (1997), o acontecer hermenêutico diz respeito justamente sobre a interpretação ser pretensamente objetiva e despida de conhecimento da tradição. Dessa maneira, a influência da retórica resta evidente no arcabouço da produção científica gadameriana.

Para Catalina (2012), a conexão entre os escritos de Gadamer e a retórica é bastante salutar; para ela, a Hermenêutica Gadameriana é uma das poucas reflexões científicas que mantém a tradição retórica, pois entende que a compreensão e a linguagem não se separam da persuasão. Para a citada autora, não é difícil entender qual a conexão entre retórica e hermenêutica que Gadamer fala.

Por um lado, escapa das determinações primordialmente técnicas dos manuais de estilo e se baseia em uma espécie de habilidade que não se reduz a regras e que corresponde ao bom sentido. Por outro lado, a Hermenêutica é a arte da interpretação e o fundamento das Ciências Humanas, tampouco é apenas a aplicação de indicações técnicas, ela significa mais. A Hermenêutica procura dentro das circunstâncias concretas a interpretação que melhor se coaduna a elas dentro de um contexto no qual a interpretação ocorre.

É dizer, ao mesmo tempo em que a Hermenêutica consegue abarcar uma universalidade de coisas, ela se mostra completamente individualizável, já que encontra soluções/interpretações diferentes a depender da situação em específico. Quando não há uma sistematização para guiar esse processo, tudo entra em colapso. A sistemática inexistente e o caos se instala. Não se pode esperar de determinadas situações determinadas interpretações, uma vez que o solipsismo vigora.

No tocante ao método e à sua ausência dentro das Ciências Humanas, observe-se o que Gadamer (1997, p. 40) relata no seu *Verdade e Método*:

Mesmo no terreno dos fenômenos da natureza não chega a ser alcançável da mesma maneira a por toda parte. No entanto, o motivo disso se encontra exclusivamente no fato de que, os dados em que se poderiam reconhecer as uniformidades não são obtidos suficientemente em todos os lugares. Embora a meteorologia trabalhe tão metodicamente quanto a física, acontece apenas que seus dados são mais incompletos e, por isso, mais inseguras suas previsões. A mesma vigora nos campos dos fenômenos morais e sociais. A utilização do método indutivo terá de também ficar isenta de todas as hipóteses metafísicas, mantendo-se inteiramente independente de como se imagina o estabelecimento dos fenômenos que se está observando.

Conforme citado acima, as ciências do espírito não podem ser medidas pelo mesmo método das Ciências da Natureza. A produção de conhecimento daquelas não pode ser contida dentro de parâmetros naturais fechados e sufocadores. Foi visto, também, que mesmo ciências naturais podem sofrer de acasos e dificuldades, ainda que usem um método forte e sistematizador. Isso ocorre porque existem intempéries que não podem ser medidas de maneira cartesiana. Se a meteorologia, que é uma ciência da natureza, sofre com a falta de compatibilização do método ao seu escopo, imagine as ciências do espírito se tiverem que se pautar por um Método Cartesiano.

As ciências abrangidas pela Hermenêutica só podem florescer dentro de seus campos se não forem eivadas de seu desenvolvimento por amarras metódicas, criadas para uma realidade distinta, não diretamente ligada às metamorfoses linguísticas e cujos sujeitos são, majoritariamente, regulares e constantes. Não há muito o que se pensar sobre o crescimento de uma planta, por exemplo. Há que se possa determinar a quantidade de luz, água e nutrientes, a depender da espécie, e um ou outro fator que, geralmente pode ser medido de forma bastante clara e objetiva.

Não há o que se falar sobre o pensamento da planta sobre crescer, o que a planta acredita que o crescimento dela significa para a comunidade de plantas em que vive, tampouco se fala sobre se a planta quer ou não crescer. Enfim, a planta não tem uma história a ser estudada e que influenciará na opinião sobre a planta sobre algo que plantas usualmente fazem de forma natural. Esse exemplo simples foi usado para que se tenha a verdadeira noção sobre o quão incoerente é usar o mesmo peso em duas medidas completamente diferentes.

A produção de conhecimento nas duas áreas precisa ser protegida, para que usem, cada uma delas, o esqueleto, a espinha dorsal, que melhor lhe ponha e mantenha de pé. Mas Gadamer (1997) já falava sobre como a metodologia não pode ser usada para guiar as ciências não naturais, pois ideias como a influência da cultura e da tradição, bem como a de pano de fundo não permeiam diretamente os resultados científicos naturais. Para ele, a compreensão genuína deve ser feita por meio do contato direto com a tradição; em sendo assim, o intérprete é afetado por ela de modo que se entranhe no seu modo de pensar. Diferente de um estudo histórico, por exemplo, em que geralmente o pesquisador logra certa distância para que possa descrever seu objeto de estudo e não se deixar impregnar.

Na interpretação de textos isso se demonstra quando ao ler e interpretar um texto o intérprete respeita sua pretensa verdade, entendendo que há múltiplas possibilidades de verdade a depender das condições contextuais. Quando um intérprete foca seus esforços em determinado objeto de estudo, ocorre o que Gadamer chama de fusão de horizontes, pois:

Ao procurarmos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontra-mo-nos sempre sob os efeitos de uma história concreta. A iluminação dessa situação não pode ser plenamente realizada em face da essência mesma do ser histórico que somos. Logo, devemos tentar nos colocar no lugar do outro para poder entendê-lo. Da mesma forma, devemos tentar nos deslocar para a situação do passado para ter assim seu horizonte histórico. (SOARES, 2017, p. 25).

Deste modo, a interpretação em Gadamer (1997), para as ciências do espírito, é aquela na qual o intérprete se deixa persuadir pelo conteúdo do texto dentro do contexto em que ele está inserido, mantendo a cabeça aberta e sabendo que ali pode ser encontrada uma verdade.

Importante frisar que se deixar tocar pela pretensa verdade escondida no texto não é o mesmo que se deixar envolver a ponto de ter uma fé cega e ser manipulado por uma ideia. O intérprete ao se deixar ser persuadido pelo texto, implementa uma atitude de libertação, de não se render ao dogmatismo e preconceitos, já que não se acorrenta por método, a fim de se revestir de base para enfrentar o caminho da interpretação, como bem coloca a doutrina:

Nesse contexto de superação de uma hermenêutica conservadora centrada na dogmática estrita é que se procura investigar qual é a função social dos operadores jurídicos frente a essa passagem de (e/ou rompimento com) um modelo de interpretação de cunho objetivista, reprodutivo, que trabalha com conceitos ensimesmados nas palavras da lei para o modelo transformador da nova hermenêutica, que tem como missão principal realizar uma profunda alteração no modo de pensar e aplicar o Direito. Pretende-se analisar a mudança/crise de paradigma na teoria do Direito, estabelecendo os parâmetros de uma nova hermenêutica jurídica, que corresponda no âmbito do Direito ao movimento geral da refundação das Ciências Humanas e sociais das últimas décadas. (SPAREMBERGER, 2003, p. 173).

Segundo o supramencionado, Gadamer já sabia que uma nova Hermenêutica viria, inclusive participou de sua criação, de modo que os anseios da contemporaneidade fossem atendidos. Finalmente, as Ciências Humanas e sociais foram agraciadas por algo que entendesse seu modo de existir e suas idiossincrasias.

Quando se comenta sobre a evolução da Hermenêutica em Gadamer, devemos ressaltar o papel da Crítica Hermenêutica de Lenio Streck, onde se encontram as melhores colocações sobre o posicionamento dessas mudanças da contemporaneidade que afetam, ou pelo menos deveriam afetar, sobremaneira o mundo jurídico:

O Direito parece alheio às mudanças paradigmáticas que ocorrem na filosofia. Há um flagrante descompasso. Muitos discursos 'dominantes' estão fundamentados em perspectivas filosóficas anacrônicas, que não mais respondem às inquietações e às complexidades do mundo hodierno. (STRECK, 2016, p. 41).

Tratando do que foi acima exposto, é salutar trazer à baila, novamente, os reflexos do livre convencimento e da decisão jurídica, ao acompanhar o modelo jurídico brasileiro, vivenciado no cotidiano forense, com destaque para o que se verifica na atuação da Justiça Eleitoral, nos Processos Judiciais Eleitorais, em que há uma ultrapassada aposta na discricionariedade dos intérpretes julgadores. Esses institutos não acompanham os ideais democráticos brasileiros. Para Streck (2017e), não se tem como relacionar discricionariedade e um Estado Democrático de Direito.

A Crítica Hermenêutica do Direito vem, segundo Braga, para trazer a luz aos olhos cegos pela crença deformada de que decisões judiciais precisam estar evitadas de discricionariedade. Tendo em vista que sempre foi assim, julga-se,

erroneamente, que deva sempre assim continuar, até mesmo porque os responsáveis por esse tipo de decisão continuam a insistir nessa premissa, muitas vezes com uma total ausência de fundamentação legal, sem que nada lhes aconteça. Dentro dessa realidade, continua o referido autor, há o que se falar na importância do círculo hermenêutico, já que “consiste num elemento estrutural da compreensão que expressa a interdependência que existe entre texto e contexto, entre fato e norma, entre sujeito e objeto, entre o passado e o futuro”. (BRAGA, 2018, p. 75).

Ao pensar nele como fator preponderante para que haja a aplicação de uma decisão constitucionalmente adequada com a utilização de uma Hermenêutica Contemporânea, torna-se imperativo reconhecer, dentro do Roteiro Hermenêutico, quais as partes que mais são tocadas pela ausência do método e pela CHD, de modo que o sujeito e o objeto não mais sejam pontos opostos da interpretação, de modo que gere uma compreensão.

Levando o entendimento anterior para o campo do Roteiro Hermenêutico aqui construído, observa-se que ele foi instituído de maneira que projetasse para a seara jurídica a aplicação daquilo que a Nova Hermenêutica, a Contemporânea, impõe. Uma interpretação mais ativa e com respeito às características das ciências do espírito buscando uma decisão correta e justa, nos termos defendidos por Paim (2015, p. 170), quando se apega ao conceito de decisão justa de Taruffo (1997):

Conforme ressalta Michele Taruffo, três são os critérios para uma decisão justa, quais sejam a correta escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso, o accertamento fidedigno dos fatos relevantes para o caso e o emprego de um procedimento válido e justo. Assim, haveria a necessidade do respeito e cumprimento dos três requisitos para que se pudesse qualificar uma decisão como justa; nenhum deles é, pois, por si só, suficiente (TARUFFO, 1997). A observância do processo justo é necessário para a obtenção de uma decisão justa, mas não suficiente, demandando também a correção na escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso concreto, bem como necessitando da reconstrução, tão completa quanto possível, dos fatos relevantes da causa.

Como bem se sabe, o termo fusão de horizontes, que abarca a possibilidade da reconstrução dos fatos dos autos relevantes a resolução da causa, já citado na presente Tese algumas vezes, merece aqui mais uma atenção, pois o questionamento primordial da nova Hermenêutica é o de não dever existir a suspensão dos pressupostos da compreensão:

[...] pelo contrário, no reconhecimento destes como a verdadeira possibilidade de pensar o acesso sempre implicado, perspectivista ou relacional do homem ao sentido ou verdade. Se, de facto, é, apesar da sua finitude, a implicação incondicional do homem no sentido (ou pressuposição da verdade), o novo ponto de partida do pensar, então a questão verdadeiramente crítica da Hermenêutica reside, segundo Gadamer, na distinção entre pressupostos verdadeiros, que permitem aprender com o outro, isto é que fomentam a compreensão como relação e pressupostos falsos, que induzem o homem no erro ou mal-entendido. De fato, **só os preconceitos verdadeiros promovem uma autêntica ‘fusão de horizontes’, enquanto processo, que tem como objetivo superar, pela revelação do primado da relação, as posições extremas e meramente subjetivistas da diferença absoluta ou da identidade puramente monológico-totalizante.** (SILVA, 1992, p. 136, grifo nosso).

Portanto, ao se anotar com atenção o dito pela autora, percebe-se que a fusão de horizontes é requisito essencial para que haja uma interpretação salutar. A empatia gerada pela fusão de horizontes faz com que a compreensão seja conquistada. O texto e o contexto se integram de maneira a revelar os significados ocultados pela distância entre sujeito e objeto. Sabe-se que, no campo da física, se um observador se imiscuir na “rotina” do elétron, ele não se comportará da mesma maneira, a simples observação já faz com que haja perturbações que comprometem os resultados da pesquisa, tendo em vista que a energia dispensada pelos simples atos de olhar faz com que ele reaja de maneira diferente do normal.

Dentro dessa ciência natural em específico, geralmente a empatia e a fusão de horizontes não são bem vistas, uma vez que podem modificar drasticamente os resultados finais. A relação sujeito/objeto precisa ser distante e egoística, contudo, quando se trata de ciências do espírito é diferente. É interessante, nesse contexto, que se mantenha uma proximidade inteligente entre sujeito e objeto, de modo que o sujeito consiga sentir o contexto em que o objeto se instala e possa compreendê-lo e dar-lhe significação. Em suma:

[...] há fusão de horizontes [...] Quando há uma troca de informações em que sempre a pergunta toma a dianteira, ela deixa por aberto o novo, a busca pelo conhecimento, a continuidade da linguagem. Pois toda experiência é confronto, já que ela opõe o novo ao antigo. Não quer dizer que o ‘novo’ prevalecerá, que se tornará uma verdadeira experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível, reconquistará a sua existência. Em outras palavras, podemos dizer que quando se considera a tradição para fazer a pergunta e, ao mesmo tempo, o texto faz a mesma pergunta, a tradição fundem seus horizontes. Ou seja, se o texto tenta responder a uma pergunta e, ao tentar

interpretar esse texto levamos a tradição em consideração para buscarmos a resposta, é como se o texto e a tradição estivessem olhando para o mesmo lugar, olhando na mesma direção e, assim, com horizontes fundidos. (BONFIM, 2010, p. 81-82).

Trata-se então de fenômeno que seria aquilo que acontece quando em um processo de interpretação nos esforçamos para entender não só o que um texto diz, mas também o ponto de vista a partir do qual ele fala; não é tanto colocar neste ato uma empatia que nos move do nosso para um outro horizonte, mas seria uma espécie de elevação a uma universalidade superior que vai além da particularidade de si e dos outros horizontes possíveis.

É muito importante esse acontecimento, para que se entenda como o processo de compreensão é caracterizado, por isso se chama de fusão dos horizontes particulares (*Horizontverschmelzung*), cujo resultado é a ampliação do horizonte do intérprete e, portanto, um aumento da perspectiva que possibilita incluir-se o contexto no qual o ato interpretativo ocorre para se atribuir sentido ao que se está interpretando.

Tais ensinamentos podem ser extraídos da doutrina de Volpi (1998, p. 374):

Ciò che avviene quando in un processo di interpretazione ci sforziamo di comprendere non solo ciò che un testo dice, ma anche il punto di vista dal quale esso lo dice, non è tanto la messa in atto di un processo di immedesimazione empatica che ci trasferisce dal nostro all'altrui orizzonte, ma è una sorta di elevazione a una universalità superiore che oltrepassa la particolarità tanto del proprio quanto dell'altrui orizzonte. Il processo di comprensione si caratterizza per una sorta di fusione degli orizzonti particolari (*Horizontverschmelzung*), il cui risultato è un allargamento dell'orizzonte e quindi un innalzamento di prospettiva.²³⁷

Em sendo assim, a Hermenêutica junto à Filosofia se desenvolvem de maneira que a compreensão seja obtida por meio da experiência, do toque de realidades diversas, de modo a gerar conhecimento intersubjetivo. Sabe-se que, se ater em perspectivas historicistas não é uma boa base de fusão de horizontes, haja

²³⁷ Volpi explica que aquilo que acontece quando, em um processo de interpretação, é que nos esforçamos para entender não apenas o que um texto diz, mas também o ponto de vista a partir do qual diz, não é tanto a implementação de um processo de identificação empática que nos transfere do nosso para o horizonte dos outros, mas é uma espécie de elevação a uma universalidade mais elevada que vai além da particularidade de si mesma e de seu horizonte. O processo de compreensão é caracterizado por uma espécie de fusão de horizontes particulares (*Horizontverschmelzung*), cujo resultado é a ampliação do horizonte e, portanto, um aumento na perspectiva.

vista não haver mescla de potenciais verdades. Em sede de compreensão, é sabido que se faz necessário passar pela interpretação, por isso é extremamente válido que haja o confronto de interpretações/realidade, a fim de gerar conhecimento inclusivo e o mais próximo da realidade possível. Por isso, resta inevitável termos que trabalhar a relação de distância entre sujeito e objeto, para que a verdade não se submeta aos desígnios egoístas de apenas uma das partes. A verdade precisa existir interpartes, a fim de não gerar ideologias e, assim, não poder existir obstáculos grandiosos entre uma e outra.

Como o presente item ainda trata sobre o Roteiro Hermenêutico, é importante, também, ressaltar a importância da possível resignificação de uma norma no ato interpretativo, e, para isso, é impensável não se aprofundar em Heidegger, pois na sua obra *ser e o tempo* participam de toda a sua teoria.

Em *Ser e o Tempo* (2012), o ser é o que precede a existência e o ente é o que se apresenta. A Filosofia tradicional trata o ser como apenas mais um ente. O ente é aquilo que se apresenta materialmente: uma xícara, uma camisa, um pente, uma palavra. Ele é analisado de maneira científica, ou seja, é feito um estudo ôntico para que seja entendido enquanto apenas ente. Isso não é normal, é da natureza humana estudar o ente de maneira científica, na verdade é típico do comportamento humano estudar praticamente tudo com os olhos da metodologia.

Para Heidegger, deve-se pregar a necessidade de aproximação do ser, de modo a superar a metafísica tradicional. O ser precede a existência e possui natureza filosófica, desse modo a ciência não consegue experimentá-lo, mas a filosofia consegue chegar a esse nível de profundidade. Segundo sua obra, o ser deve ser mais próximo, a partir da reflexão, a qual é uma atividade filosófica. O que precede o ente tem sido muito distante e deve ser promovida a apresentação. Posto isso, traz-se se o trecho a seguir que demonstra, de maneira prática, o que são as cadeias utilitárias, conforme a doutrina expõe:

Os entes são úteis para outros entes e estes para outros, ou seja, tudo está interligado segundo uma lógica utilitarista. [...]. Toda perspectiva de utilidade implica um outro elemento. Nada é útil por si mesmo, ou em si mesmo. [...]. De onde vem o tédio? Chega um momento em que nos damos conta de que os para quês não se vinculam em nada, não tendo um fundamento útil da utilidade, ou toda a utilidade é perfeitamente inútil. Todo processo é inútil. Vou fazer isso para aquilo vou fazer aquilo para o outro, chega o

momento que para que não tem utilidade quebram-se então as cadeias da utilidade. (BRODSKY, 2016, p. 132).

Dito isso, depreende-se que os ciclos de utilidade ligam ente a ente e que cada um tem uma ligação não em nível existencial em si, mas em níveis práticos e rasos. Um ente precisa de outro para que faça sentido no mundo. Cada ente se liga a outro de modo que faça sentido. Sob a perspectiva da utilidade, um ente não é útil por si, e, mesmo com seu elo com outro ente, ainda assim sua existência não tem nenhuma grande fundamentação interior. Ele existe por existir. Não há sabor, não há profundidade em sua apresentação. O ente existe e só, e precisa de outros para fazer algum tipo de leve sentido.

Não há nenhum grande sentido na cadeia de utilidades, não há nenhuma grande missão para o ente, ao passo que ele não consegue se aprofundar em si mesmo; por conta disso, a cadeia leva ao tédio. O tédio, se refere ao que acontece ao ente por não declarar uma existência significativa, o tédio é a consequência da falta de filosofia trazida à vida por questionamentos que só podem ser emitidos a partir da vigência do ser.

Sem o ser, o que sobra é o nada, é uma fusão de apresentações que quase nada querem dizer, são materiais e não essenciais. Perguntas aleatórias sobre utilidade não conseguem trazer um sentido verdadeiro para o ente; o ente por si só não é, mesmo que envolvido por um sem-número de outros entes, mas uma vez que ele tenha acesso ao ser-aí, ele poderá ter sua vivência em algo que não se quebra por perguntas. O ser-aí permanece, continua, sobrevive e dá sentido. Por isso é importante que a pesquisa jurídica a ele se volte, no tocante ao ser normativo, e o Roteiro Hermenêutico propõe justamente isso, revelar o ser da norma.

Pode-se dizer então que a ressignificação da norma se veste desse elemento da cadeia utilitária. É vazia de sentido, mas pode gerar uma crise de sentido por meio da atuação do intérprete, já que o ser normativo não depende dele para outras indagações dessa espécie. A norma está presente. Ela tem um sentido dentro de um contexto, sobrevive apesar dos pesares, mesmo que digam que ela só serve a interesses escusos. Não, a norma segue com seu ser e ele precisa ser desvendado, descoberto, pelos juristas que a utiliza.

É afirmação recorrente que o sujeito moderno pode ter se despido de sua capacidade reflexiva. Desde a crise da razão, no século XX, ele se quedou mais

tecnicista e frio às coisas que antes acalantavam o coração dos homens. Os sentimentos advindos de um bom livro, de uma boa peça de teatro ou qualquer outro movimento de arte são esquecidos perante o tecnicismo.

O mundo, mais do que nunca utiliza sua razão apenas para atingir um fim técnico; no Direito não é diferente, basta ver a atuação do Conselho Nacional de Justiça, que claramente visa objetivos numéricos, técnicos, sem muita preocupação com a qualidade da atuação jurisdicional. Vivemos uma realidade em que a Justiça cada vez mais se mede em números e não por meio de uma boa atuação jurisdicional.

A atividade crítica, filosófica e reflexiva não mais tem tanto espaço; dentro desse contexto, então, quase nenhum. E, quanto a isso, mais uma vez as cadeias utilitárias possuem responsabilidade, já que sua manutenção gera um quadro de apatia em que o objetivo mais fácil é chegar ao suprimento de uma finalidade. Refletir dá trabalho, criticar dá trabalho; e, no cenário de tédio instalado, o mais fácil é realmente se instalar na base dos pelos do coelho, como na passagem no livro *O Mundo de Sofia*²³⁸ de Jostein Garner.

Portanto, para que o ente possa sair da apatia e ter um modo de encontrar a essência do seu ser-aí, é interessante que sejam quebradas as cadeias de utilidade. Quando se quebram tais cadeias, surge a surpresa, o que traz um momento de satisfação; ou seja, quando se atinge o ser-aí, eis que a satisfação se origina. O ser impede de haver sofrimento com a angústia existencial. Da mesma forma, o ser da norma faz com que ela não tenha posturas confusas.

Se a norma sofre com uma espécie de angústia existencial, não há como ser um ordenamento jurídico frutífero para a segurança jurídica, integridade, coerência e fusão de horizontes como antes aqui explanado; uma vez que em um estado de angústia o ente é tomado por incerteza, instabilidade, valores questionáveis e decisões difíceis de serem tomadas, com uma complexidade que ali não deveria estar instalada.

A angústia do ente normativo é tão séria, que se pode falar até em aumento da probabilidade de um ente angustiado ser mais fácil de se deixar tomar por valores

²³⁸ “[...] quanto ao coelhinho branco, talvez seja melhor compará-lo com todo o universo. Nós que aqui vivemos, somos os bichinhos microscópicos que vivem na base dos pelos do coelho. Mas os filósofos tentam subir da base para a ponta dos finos pelos, a fim de poder olhar bem dentro dos olhos do grande mágico”. (GAARDER, 1995, p. 26).

solipsistas que acabam com o respaldo de um ordenamento jurídico constitucionalista como a doutrina expõe:

Dai a esterilidade da razão metafísica em lidar com questões de natureza filosófica. A ideia de lógica pura possui problemas de justificação, pois uma lógica somente se concretiza a partir de uma experiência concreta determinada. Ora, se aquilo que determinou a lógica é um fenômeno e os fenômenos são temporais e se transmudam, de que forma poder-se-ia aceitar como base de justificação estática algo que, por sua natureza, é ambivalente e indeterminado? Não existe e nem poderia existir uma forma de apreensão pura dos fenômenos, pois o sujeito envolvido na apreensão das coisas é um ser-no-mundo e relaciona-se com os objetos de uma forma que não pode ser enclausurada teoricamente. (COSTA, 2015, p. 135).

Nesse sentido, a ferrenha crítica que Heidegger tece sobre a metafísica tradicional existe por ela não se preocupar com segmentos filosóficos. A lógica em seu sentido estrito faz com que toda a discussão sobre a temática seja infértil. No campo do Direito, todos os que o estudam sabem que não existe maneira de as normas preverem todas as possibilidades de acontecimentos. O que existe é uma tentativa de prever o que pode acontecer em alguns casos e abarcar o que já acontece cotidianamente, e que, por isso, carece de regulação.

Em sendo assim, é inviável tratar os fenômenos jurídicos sob essa ótica, tendo em vista que, a partir de determinado dia, uma conduta que nunca existiu na concretude e que não tinha sido prevista pode ser realizada e o Direito deverá, a partir da essência de sua normatividade se moldar àquilo. O ente não seria capaz de se redelinear sem se perder de si próprio; contudo, o ser é plenamente capaz de, a partir do pano de fundo, se recontextualizar. Prender-se só ao que já existe é uma das formas mais fáceis e rápidas de pôr a perder a própria Ciência Jurídica, pois, se assim fosse, não existiria razão para seu existir.

De tal mote, cumpre ressaltar que a presente Tese se coaduna ao que construiu Heidegger (2012). O *dasein*, isto é, o ser-aí e a sua presença, é contextualizado, histórico e relativo ao seu determinado tempo. O ser também remonta a quem o analisa; haja vista observar-se que, dentro de uma jaula, animais selvagens não possuem as exatas mesmas atitudes de quando estão livres em seus habitats naturais. Para que o ser-aí da norma seja revelado é preciso que ele não esteja só e ligado por um ciclo de utilidades como o ente. O ser supera o ente, apesar de viver junto ao ente. O ente, ao passo que precisa de outros entes, ele é

uno, se apresenta e pronto. Não há grande profundidade no que ele representa, é o estético e o material. Já o ser, ele pode ser comparado a algo que se molda aos tempos; ele segue o fluxo do desenvolvimento humano, um ente sempre será o mesmo ente em todos os lugares; por sua vez, o ser se mostra como, apesar de determinado, mais relacionado com o que acontece em seu entorno.

O ser precisa, para existir no mundo da pesquisa, de quem o pesquisa, ele precisa do *background* de quem o analisa, bem como precisa, diferente da visão piamente historicista, de uma fusão de horizonte a fim de ser entendido em sua plenitude. Assim funciona a norma no ato interpretativo, ela precisa estar inserida em um contexto a fim de que o seu ser seja apreendido e desenigmatizado. Não há que se falar em interpretação da norma se apenas for colocada em um livro e lá analisada. A norma ganha vida *in concreto*. A norma precisa, além do texto, de um contexto. Ela precisa banhar-se nas águas da situação em que será utilizada; e, por conta disso, a metafísica tradicional afilossófica e estéril não se casa com os ideais hermenêuticos aqui trazidos. Não há sentido em sua aplicação ao estudo jurídico isoladamente.

O contexto se torna ainda mais relevante quando da significação do ser-com²³⁹. Ele é aquele que se comunica com outros, é o ser social, a forma quando estão em sociedade, o indivíduo na presença do grupo. (HEIDDEGER, 2012). Se for levada em consideração a dinâmica social, o ser-com, ainda mais do que o ser-aí, necessita de pano de fundo, contexto e fusão e horizontes, já que todos esses termos são utilizados para que o ser seja visto de uma maneira conjunta a outros

²³⁹ A noção do do que pode ser encarado como "ser-com" para Heidegger pode ser aclarada pela doutrina, pois tem relação com a noção existencial do intérprete: "E é certo que o homem também se "ocupa" com outros homens, mas este ocupar-se possui um *status* especial em virtude de ser um modo de relação em que a presença se relaciona com *outros entes dotados do modo de ser da pre-sença*. O homem "carrega" sempre consigo uma referência a outros homens, o "ser-com" (*Mitsein*) é um modo de ser básico do ser da pre-sença. De um modo geral, o ser-em da ocupação caracteriza uma relação homem-mundo que não é simplesmente a de dois seres exteriores um ao outro, mas a de um entrelaçamento ontológico dotado de sentido. Entretanto, o modo da ocupação ainda não é suficiente para caracterizar plenamente o ser no mundo. Outros modos de ser-em apreendem melhor, ontologicamente, a região do ser tematizada empiricamente como "psique" - mas que, por ser uma apreensão ontológica, e no modo do ser no mundo, corrige o caráter substancialista que costuma acompanhar a tematização do "psiquismo". Afinal de contas, a presença não é uma substância, mas um exercício de existir. Vejamos então a disposição e a compreensão". (BARBOSA, 1998). Valendo ressaltar que o conceito de "ser-com" foi pressuposto por Heidegger sendo necessário explicitar como ele se dá. (LYOTARD, 1986, p. 80). Coube sobretudo a Merleau-Ponty (1980; 1996) essa tarefa, fundando a coexistência originária não numa relação entre consciências, mas numa relação entre o corpo do intérprete e o corpo do outro.

seres. Isso não se confunde com as cadeias utilitaristas, pois seres que interagem não caem no tédio, pelo contrário, eles se regozijam e se nutrem.

Há uma satisfação das necessidades mais orgânicas do ser. A norma, quando em conjunto com outras normas, produz o ordenamento que deve ser todo íntegro, coerente e coeso. O ordenamento jurídico é um grande exemplo de como age o ser-com. Dessa maneira, comunidade de seres reagem ao que lhes valida, que seria sua própria existência e transformação contextual.

Ainda em Heidegger (2012), ele encara que essa existência pode ser autêntica, quando se é original, através de uma vida revolucionária cominada com a arte, ou inautêntica, que é a banal, reprodutiva, simplesmente útil e técnica, sem arte, no seu sentido pleno e emocional, sem significado. Portanto:

É através da escuta compreensiva que o ser se vela e revela, exercitando aquela que é a vocação originária do ser: nunca atingir uma completude ou desvelamento total. A linguagem ocupa um lugar central na filosofia heideggeriana. Sendo a linguagem considerada por esse filósofo como a morada do ser, é nela, na linguagem, que o ser se desvela. É ainda a linguagem aquela que assume a condução na direção da elaboração do método e da analítica existencial [...] É oportuno destacar a relevância desse aspecto da hermenêutica heideggeriana no que se refere à pesquisa científica. Fundamenta uma práxis que ao mesmo tempo em que busca alcançar a experiência vivida, possibilita, numa outra dimensão, o encontro da verdade do ser que se desvela na linguagem. Nesse sentido, a narrativa, modalidade adotada na pesquisa de inspiração fenomenológica, vai ao encontro de um pensamento filosófico que, acima de tudo, respalda e sustenta uma maneira de se fazer o saber científico. (DUTRA, 2002, p. 375).

Dessa maneira, o filósofo da floresta negra acredita no discurso desontologizado. A linguagem apenas medida pelo ente é vazia, inautêntica, vulgar, sem significado, tecnicista. Como já previamente abordado, a presente Tese também não se deixa levar por um vazio parnasiano. O que importa é a essência, a significação, o sentido não a ressignifica. É através da escuta compreensiva que o ser se vela e revela, exercitando aquela que é sua vocação originária: nunca atingir uma completude ou desvelamento total. A linguagem ocupa um lugar central na Filosofia Heideggeriana e, por isso, deve ocupar também na atuação do intérprete.

Sendo a linguagem considerada por esse filósofo como a morada do ser, é nela, na linguagem, que o ser se desvela. É ainda a linguagem aquela que assume a condução na direção da elaboração do método e da analítica existencial ao bel

prazer do intérprete. O ser é flexível, mas isso não quer dizer que não possua delimitação nem limites. O ser tem contornos que capturam sua essência e isso perdura.

A partir de mais esse elemento, percebe-se o quanto é importante que haja todo um arcabouço fundamentando a interpretação da norma e o descobrimento do ser. Nesse contexto, uma decisão judicial deve ser juridicamente fundamentada e hermeneuticamente compatível com o sistema constitucional em que está inserida, assim deve ser, por mais distorções que a legislação eleitoral carregue, no Processo Judicial Eleitoral.

A significação, a descoberta do ser, a fusão de horizontes, a contextualização e tudo o mais decorrem de caminhos linguísticos, e, por isso, Heidegger, Gadamer e tantos outros pensadores passaram suas vidas se debruçando sobre esses temas. E mesmo que para Heidegger o ente da palavra seja secundário, o discurso não deixa de ser um determinado tipo de linguagem que merece o mesmo respeito e análise.

Para auxiliar ainda mais o raciocínio do presente trabalho, sabe-se que Heidegger não gosta de admitir a existência de verdades eternas, imutáveis e universais, como preceitua a metafísica clássica. Dessa maneira:

Heidegger, a partir da apropriação de noções filosóficas medievais, se dá conta de que o homem só se movimenta a partir de um campo próprio de significação – pelo fato de que as experiências somente poderão ser apreendidas enquanto dotadas de significação –, ou seja, é o que torna possível transpor as experiências do mundo da vida para uma linguagem comunicativa e fixá-las em proposições. Heidegger procura descrever adequadamente o fluxo das experiências concretas, assumindo que o teórico e o conhecimento científico não são um modo fundamental ou privilegiado do homem comportar-se no mundo, mas sim um modo derivado. Assim, a adequada compreensão da distinção entre a experiência concreta e o conhecimento científico-metodológico contribui para o desenvolvimento do método das indicações formais. (COSTA, 2015, p. 126-127).

Conforme visto acima, a significação é pressuposto para que experiências sejam entendidas como aprendizados e não apenas como coisas que aconteceram. A significação é questão primordial dentro da afetação do ser e do encontro do homem enquanto ser humano. A experimentação, a partir dos parâmetros já elencados nos parágrafos anteriores, é um dos aspectos que precisam ser significados para terem sentido.

Uma norma não experimentada e não significada, apesar de válida e vigente, não possui ainda seu ser-aí e pouco do seu ser-com foi revelado, tendo em vista que sua presença, enquanto significante foi sentida, mas não revelada; e sua presença na comunidade existe, mas não mantém relações. Dessa maneira, para o ser da norma também é muito relevante que seja feita a devida significação, e não a ressignificação desvairada. A primeira liberta o sentido, a segunda acaba com o ser da norma. A significação diz respeito aos parâmetros de fundamentação estudados, a segunda se coaduna aos propósitos simploriamente subjetivistas e caquéticos.

Assim fica demonstrado que não há como se atingirem os objetivos de um processo judicial a partir de atalhos (tais como os métodos interpretativos, tipo o teleológico, se perfazem) que sempre terão a muleta de uma atuação valorativa pessoal de um intérprete julgador; por mais que haja uma situação na legislação, no caso gritante das leis que regem o Processo Judicial Eleitoral, há uma impossibilidade sistêmica que impede que esse processo desenhado (principalmente a partir da moldagem do Código de Processo Civil de 2015) para ser democrático e promover a igualdade das partes se consolide respeitando os primados que os regem.

Por isso o uso do Roteiro Hermenêutico aqui delineado é algo que auxiliará o intérprete a compreender a sua complexidade e colocará o Processo Judicial Eleitoral alinhado à contemporaneidade, que impõe um alinhamento entre a Filosofia e a Teoria do Direito, sempre adotando a Constituição como limite de atuação interpretativa.

6 CONCLUSÃO

Um contexto onde exista uma Democracia minimamente consolidada, e com um sistema jurídico desenvolvido a partir de uma estrutura institucional deve haver uma preocupação em destacar uma parte desse todo para que o sistema democrático seja protegido. Falamos aqui, nesse caso, da Justiça Eleitoral, para garantir a legitimidade do processo eleitoral, do livre exercício dos direitos políticos, com destaque para o direito de votar e ser votado, velando por tudo aquilo que diz respeito a escolha dos representantes do povo, buscando ter uma prestação jurisdicional efetiva, como acontece no Brasil.

É espantoso que se constate, como esta Tese demonstrou, que não se pode afirmar categoricamente que há um padrão na atuação jurisdicional, uma segurança jurídica, em um ramo da Justiça de um país que tenta se construir enquanto Democracia, como um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil.

Verificar que não há uma cultura que empreste um grau razoável de cientificidade na atuação Jurisdicional de uma Justiça que visa o fortalecimento da Democracia é algo contraditório e que precisa ser superado. O caminho para isso passa por novas visões a serem empregadas pelos atores processuais envolvidos, todas as partes, não só quem fica na responsabilidade de julgar; a Advocacia e o Ministério Público têm significativo grau de responsabilidade na atual conjuntura que está desenhada na Justiça Eleitoral.

A noção da Ciência do Direito, da sua força é constantemente desconstruída por atuações processuais que se rendem ao estado atual de coisas da Justiça Eleitoral. E a despreocupação com o uso indiscriminado de legislações, que abrem espaço a uma atuação do intérprete em desconformidade com bases centrais da Constituição Federal, leva a uma atuação jurisdicional, principalmente na seara cível eleitoral, que produz constantemente resultados que demonstram o baixo grau de densidade científica das decisões judiciais deste ramo da Justiça pátria.

Por conta dessa realidade, entendemos que o remédio que possibilitará a melhoria dessa situação tem ligação íntima com o reconhecimento da importância dos avanços que a Filosofia Contemporânea produziu e são compatíveis com a Ciência do Direito, com destaque para o que entendemos ser o mais adequado, que seria a construção e adoção de um processo interpretativo, pois é possível se

perceber que, neste momento da conformação da interpretação, as distorções podem ser executadas e instaurar uma verdadeira crise de sentido não só na atuação do intérprete, mas no próprio texto, pois quando não se coloca a linguagem, o seu estudo, as suas limitações, como uma parte relevante, têm-se aí condições extremamente razoáveis para que o processo judicial eleitoral não cumpra seu papel.

Por essa razão, defendemos que a relação entre a Filosofia e a Teoria do Direito deve ser encarada como um elemento crucial para demonstrar que as decisões judiciais têm por obrigação científica guardar adequação Constitucional; daí a necessidade de se reconhecer que a ausência de bases filosóficas na atuação do intérprete pode refletir no produto mais relevante do processo judicial que são as decisões judiciais.

É imprescindível, então, que o intérprete, destacando-se o responsável pela decisão judicial, internalize que não se podem aplicar normas jurídicas de qualquer forma, devendo sempre fazer um juízo de sua adequação, levando em conta o contexto no qual elas estão para serem colocadas. Esse entendimento é assegurado a partir do reconhecimento de que a chamada virada metodológica deve ser tomada pelos juristas e intérpretes do direito, e não ladeada, ou simplesmente desconsiderada como vem acontecendo.

Uma das discussões centrais na supracitada virada metodológica diz respeito à própria natureza descritiva ou normativa do Direito. Trata-se de saber, também, qual a relação entre Direito e Moral, ou seja, de compreender até que ponto as exigências jurídicas dos cidadãos se tornam exigências morais. Para além disso, trata-se de algo que repercute em discussões que envolvem, por exemplo, a objetividade dos juízos morais, a possibilidade de respostas corretas no Direito, a relação entre teoria e prática, discricionariedade judicial, dentre outros temas.

Porque é isso que se deve visualizar, o ato interpretativo como algo que repercute diretamente na aplicação do Direito. De igual maneira, o papel da linguagem incide na pergunta sobre como se produz sentido sobre algo; daí a necessidade de se conhecerem as correntes ou escolas de pensamento que servem e serviram para a construção da Teoria do Direito, com destaque para o Positivismo jurídico, encarado como avanço das ideias jusnaturalistas que postulam a cisão entre o Direito e a Moral, que no século passado era preponderante.

Deve o intérprete aplicador das normas jurídicas compreender que os problemas jurídicos têm o mesmo campo de atuação da moral, e que o deslinde de uma questão jurídica não depende de uma questão epistemológica que exija uma abordagem específica para a verificação de sua correção moral, mas que, em se decidindo de modo correto, já estará desde sempre albergada, ao mesmo tempo, pelo direito e pela moral, devendo o intérprete fugir da discricionariedade.

Necessária se faz, pois, a adoção de uma visão sobre a aplicação do Direito mais adequada ao ambiente constitucional vivenciado no Brasil, haja vista ter ocorrido uma evolução de Teorias que buscam uma sindicabilidade das decisões judiciais que passaram completamente ao largo da atuação jurisdicional brasileira, com destaque para o que ocorre no Processo Judicial Eleitoral. Da primeira metade do século XX até os dias atuais, foi possível registrar a ressignificação do constitucionalismo contemporâneo, quando as Constituições ganharam posição central e houve uma radicalização no trato com a coisa pública.

Nesse ponto, o conhecimento produzido através da hermenêutica jurídica surgiu como uma possibilidade, um elemento que deve ser reconhecido pela comunidade jurídica, como um instrumento de combate às decisões judiciais despreocupadas com uma adequação ao sistema em que estão inseridas. Pode-se fazer tal afirmação principalmente levando em conta a realidade da Justiça Eleitoral, que não traz para si a densidade científica que a hermenêutica carrega e que seria de grande valia para a melhora da qualidade da sua prestação jurisdicional.

Isso foi possível de ser aferido neste trabalho a partir da abordagem de uma perspectiva teórica que dá ênfase à responsabilidade do intérprete na decisão judicial, o que se alinha ao pensamento de Ronald Dworkin, no qual se percebe que a decisão judicial deve ser abordada como um problema filosófico, assim como fez o Código de Processo Civil de 2015 ao positivar o dever dos Juízes e Tribunais mantiveram a jurisprudência íntegra e coerente, elementos que não se encontram, por várias vezes, na jurisprudência eleitoralista.

Claramente, o legislador processual civil preocupou-se com algo que deveria ser caro principalmente ao ramo da Justiça brasileira, que trabalha pela garantia da lisura do processo democrático de escolha dos representantes do povo, o processo judicial eleitoral é uma casa onde deve se garantir o processo democrático brasileiro e isso implica na assunção das bases constitucionais mais caras a própria Democracia, bem como aos avanços legislativos que tornaram o processo civil mais

alinhados as premissas constitucionais já existentes, mas muitas vezes ignoradas. Aqui já se pode notar que não há como se falar em processo judicial na Justiça Eleitoral, o da seara cível eleitoral, sem ter um conhecimento profundo do processo civil, seus institutos e suas normas que trouxeram novos paradigmas para a ciência processual civil em 2015 através do texto do CPC.

Neste Diploma, foi evidente que a base teórica desenvolvida por Dworkin foi absorvida e se registrou maior preocupação com a Filosofia para que fossem construídas as bases de um processo civil mais sólido e adequado ao ambiente constitucional brasileiro. Todos esses avanços devem ser adotados pelo Processo Judicial Eleitoral para que a instabilidade refletida nas decisões deste ramo da Justiça seja, em um curto espaço de tempo, coisa do passado.

Nesse contexto, a integridade e a coerência devem ser reconhecidas não só como um instrumento de securitização da uniformidade do sistema (ou como meio legal de segurança jurídica), mas sim como direito ou garantia fundamental própria do Estado Democrático do Direito, sendo tão importante quanto os remédios constitucionais e a garantia do devido processo legal.

Por isso é imperioso que se compreenda a responsabilidade do intérprete julgador na aplicação do direito e na construção da decisão judicial eleitoral, em que deve haver um compromisso com uma razão pública, levando-se em consideração que a conduta interpretativa deve ser universalizada a todos os que se encontrem na mesma situação, não podendo haver espaço para uma ação diferente apenas por conta da sua vontade pessoal, de forma incoerente com as regras do sistema no qual quem interpreta está inserido.

Essa conduta deve ser continuamente dotada de coerência e integridade no e para o bem do Direito; o seu fortalecimento perante a sociedade, inclusive, pois a atuação jurisdicional não pode ser livre para interferir no exercício e na concretização de direitos. Em razão disso, a escalada ativista deve ser freada por meio do uso sem moderação de uma Teoria da Decisão Judicial adequada aos parâmetros constitucionais pátrios e não em teorias alienígenas (como a Teoria da Ponderação de Robert Alexy) mal recepcionadas ou recebidas sem a devida aclimação constitucional.

Por esse motivo, demonstrou-se, neste trabalho, a necessidade da fundamentação adequada das decisões judiciais, para que essas possam atuar e terem um alcance além da discussão teórica, possível de desenvolver no plano da

Teoria do Direito sobre os limites da decisão judicial, de forma que não caia na tentação das metodologias interpretativas (algo que recai na dicotomia entre correntes que admitem discricionariedade judicial e outras que não aceitam) e reconheça a desnecessidade de utilização de métodos para se chegar a decisões adequadas à Constituição.

Não há como se conceber decisões que fujam do sentido do texto normativo interpretado, desrespeitando o seu limite semântico, isso seria afastá-lo das possibilidades que o sistema jurídico oferece para uma norma legal atuar; é um desrespeito às regras do jogo e empurra o intérprete para um campo que não é o seu, o de criação de direitos. E interpretar juricamente não é criar direito é dizer o direito aplicável no contexto colocado sob análise.

O uso de métodos para interpretar representa uma abertura à discricionariedade judicial, que, na Justiça Eleitoral, se faz presente de maneira relevante em função da abertura que a legislação eleitoral proporciona, algo que afasta a ideia de integridade e coerência (e, por consequência, a de e igualdade e de segurança jurídica), porque viabiliza manifestações do Estado (juiz) – ente público – com base em entendimentos privados, vontades particulares, ou seja, privilegia um agir antidemocrático, desconforme com o sistema jurídico vigente.

A negação dos métodos tem relação com o fato de serem algo próprio das ciências da natureza, das disciplinas exatas, por isso o reconhecimento do papel limitador e central da linguagem no processo interpretativo é imprescindível, pois a linguagem se trata de um elemento limitador da interpretação; quem milita no Direito, principalmente com o Processo Judicial Eleitoral, deve internalizar essa premissa.²⁴⁰

Por razões como essa se tomou a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), construída por Lenio Streck, como base deste trabalho, adotando a ideia de que não

²⁴⁰ Sobre o tema temos como importante o destaque dado por Gresta (2019) ao considerar o respeito a linguagem como um elemento de estabilização da Democracia: “Ao se abordar os limites externos da linguagem, indaga-se o contexto em que o processo eleitoral, delimitado internamente pelo devido processo legal a balizar a produção de decisões públicas, conserva-se pertinente à normatividade vigente.” Nesse mesmo contexto cabe o ensinamento de Viana (2010, p. 69): “[...] a democracia é um conceito semanticamente e estruturalmente condicionado. Semanticamente condicionado porque em face da ausência de consenso sobre seus elementos definidores torna-se obrigatório sustentar uma versão do que ela deve significar. [...] estruturalmente condicionado [porque] a democracia não se realiza em abstrato, nem se mantém sem instituições, procedimentos e regras operacionais.” Valendo colocar também o ensinamento de Oliveira (2016, p. 263) no sentido de que a *Constituição juridicamente adequada* – entendida como Constituição político-jurídica do *Estado Democrático-Constitucional de Direito* – constitui “o núcleo *semântico-normativo* e a *instância decisional* norteadores e conformadores da titularidade e do exercício legítimos da política e das técnicas de produção, de interpretação e de aplicação do Direito”.

há possibilidades hermenêuticas de se separar interpretação e aplicação do Direito, não há como se fatiar o processo interpretativo, pois a hermenêutica que envolve o fenômeno jurídico é, assumindo a concepção de aplicação desenvolvida por Hans Georg Gadamer, circular, complexa e vai muito além das ideias ultrapassadas de vontade do legislador e da lei.

Verificou-se que a interpretação que leva em conta esses fatores é extremamente falha e gera problemas para a construção de decisões judiciais, sendo crucial para o intérprete ter a noção de que os problemas que envolvem a decisão judicial e sua *qualidade constitucional* estão relacionados a um projeto filosófico que não compreende a interpretação como um ato de vontade, além de reconhecer a importância da Teoria do Direito, de maneira que essa assuma e reconheça a perspectiva filosófica na qual está envolta. Que atente para os perigos de metodologias artificiais que direcionam o julgador à discricionariedade judicial, pois tomando-se as decisões analisadas como sintomáticas neste trabalho, é comum que os intérpretes magistrados sintam-se muito à vontade para se deixarem nortear por suas convicções íntimas e morais, implicando dizer que, muito provavelmente, os poderes estão com uma divisão falha e o sistema de *checks and balances* há muito não funciona.

Evidente ficou, a partir do exposto neste trabalho, que o estudo da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é um elemento que melhorará a qualidade da atuação dos intérpretes, que, uma vez mergulhando neste mundo, devem atentar para o fato de que sua principal adversária, a discricionariedade judicial, é idealizada pela parte majoritária dos positivistas e que encontra sua derrota em um contexto de efetiva pesquisa sobre o cerne do processo decisório e tudo o que leva a uma resposta constitucionalmente adequada.

Neste contexto, a historicidade e a tradição são pontos que devem ser considerados sempre pelos intérpretes das normas legais, mas sabemos que, para a nossa realidade isso é algo novo e o que é novo precisa de muito mais ferramentas para poder florescer, pois a razão da norma jurídica, numa interpretação eminentemente jurídica, é individualizável a partir de uma reflexão sobre o seu fundamento lógico e axiológico, o que exige, intrinsecamente coerência com o ordenamento jurídico e sua conformidade com as exigências sociais historicamente determinadas, além do reconhecimento da linguagem como sendo o elemento que

cria o mundo onde estão inseridas as percepções humanas e limita a atividade interpretativa e contribui com a realização da Justiça.

A partir disso se chega ao entendimento de que não basta um olhar jurídico sobre a questão, mas é necessário, também, aprofundar quais elementos filosóficos caracterizam e possibilitam a adequada construção de sentido sobre a aplicação do Direito e o reconhecimento da Hermenêutica Jurídica como o elo entre a Filosofia e o Direito, sendo a linguagem o elemento mediador do processo compreensivo do intérprete, conectando, ligando o conteúdo internalizado com o conhecimento a ser aplicado na interpretação das normas jurídicas.

Isso implica no reconhecimento da importância do estudo da Filosofia no Direito para que o intérprete saiba o que está realizando quando foge aos limites que o sistema jurídico lhe impõe, evitando ser um partícipe da desagregação da ordem jurídica. Por isso a compressão dos métodos interpretativos, tal como o teleológico, é imprescindível para que a sua aplicação não seja mera retórica justificante de uma vontade pessoal do intérprete.

A exemplo deste método interpretativo verificou-se que este não concebia criações, o que demonstra ser o entendimento sobre interpretação teleológica dos dias atuais completamente equivocado. Em verdade, trata-se de uma técnica que visava colocar luzes aos elementos jurídicos já existentes e envoltos na interpretação realizada por meio de elementos não científicos levando em consideração que confere maior atenção às condições histórico-sociais pertinentes a interpretação, porém em um ambiente constitucional a aferição desses elementos ganha a vigília dos limites impostos pela Constituição.

Assim é que se pode avançar e trabalhar para impedir interferências do Judiciário por meio de decisões judiciais em desacordo com a Constituição Federal e com a legislação, possibilitando, assim, que a Justiça Eleitoral caminhe rumo à estabilidade da sua jurisprudência. Afinal, essas ocorrências representam uma ingerência na consolidação do Direito em si, sob o véu da interpretação teleológica, em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo imperioso, nesse sentido, ter-se os avanços da legislação processual civil de 2015 como uma realidade do processo judicial eleitoral, no que toca principalmente o assunto decisão judicial, uma vez que, quando a questão envolve isso, tem-se praticamente uma nova ordem que absorveu avanços filosóficos, da Teoria do Direito, e tentou conferir aos julgadores limites mais adequados ao

ambiente constitucional vigente no Brasil, esse é o caminho para o intérprete poder lançar mão de uma ferramenta que o auxilie na aplicação das normas de maneira adequada aos preceitos que defendemos, alinhados à Crítica Hermenêutica do Direito.

Nessa realidade, é imperioso que o intérprete conheça sob quais bases científicas essas transformações legislativas se deram, para que possa compreender o ambiente novo em que se encontra e rechaçar posições que afetam o equilíbrio do processo, tal qual a busca da verdade real, que é um problema a ser enfrentado e afastado pelo intérprete, pois se trata de um argumento, que, além de raso, configura-se como uma muleta para se decidir livremente, algo que hoje não mais há como se admitir.

Por isso, o entendimento sobre a busca da verdade no processo deve ganhar uma nova perspectiva. Não só a prova, mas todos os assuntos relacionados a ela devem necessariamente passar por uma observação de crivo publicista. Não se pode, em hipótese alguma, desmerecer a prova sob a argumentação de que esta é custosa, árdua, pois, é a partir dela que se chega a um conceito próximo da realidade que se passou, chegando, assim, à maior aproximação da concretização da justiça e da paz social. Imagina-se que se com a prova já é difícil concretizar esses postulados, pensemos como seria sem ela e sem o respeito às regras da sua produção, o resultado seria a produção em massa de discricionariedades.

O que se vislumbra possível no Processo Judicial Eleitoral, dada a existência do Art. 23 da Lei de Inelegibilidades, é que haja lisura, caso este não seja enfrentado com a técnica jurídica necessária para afastá-lo do cotidiano forense dos Processos Judiciais Eleitorais, pois esse dispositivo traz consigo uma nebulosa aplicabilidade, ferindo o Princípio, por exemplo, da Inércia do Judiciário e dando espaço a uma atuação jurisdicional diferente, além de ser incompatível com o devido processo legal e a imparcialidade que deve reger a atuação jurisdicional.

É imperioso reconhecer-se que uma legislação como esta dá azo a uma discricionariedade à *brasileira*, algo que deriva da tentativa de superação do Positivismo Exegético e da velha *aplicação* do Direito, baseada em subsunção, diante de um vácuo regulatório, em que o intérprete se encontra em situação jurídica completa de senhorio, em relação ao texto normativo, objeto da interpretação/aplicação, e que devemos utilizar as ferramentas interpretativas

adequadas à Constituição para impedir esse tipo de situação, pois discricionariedade não rima, em nenhuma situação, com Democracia.

Democracia implica em estabilidade nas relações sociais e previsibilidades nas regras que tornam um processo viável; e é essa a situação que busca o Código de Processo Civil de 2015. Não se pode abrir mão dela no Processo Judicial Eleitoral, até mesmo por ser norma subsidiária no âmbito do Direito Processual Eleitoral, conforme o que diz o art. 15 do Código de Processo Civil de 2015. O referido diploma processual dita importantes dispositivos que são utilizados no processo eleitoral, isso deve ser reconhecido o quanto antes.

Vale destacar que os artigos 9º, 10º e 11º do CPC/2015, vistos aqui neste trabalho, já se colocam em uma postura de combate ao Art. 23 da Lei Complementar 64/90, principalmente na defesa dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Quando há o contraditório, não se tem espaço para o juiz produtor de provas, provas estas saneadas de forma discricionária pelo magistrado, baseado nos chamados *atos públicos e notórios*. É lógico imaginar que, na hipótese de um magistrado que traz novas provas ao processo, participando do enriquecimento dos autos como uma parte, venha ocorrer uma decisão-surpresa, que é outro fato absurdo do mundo jurídico, possível diante do ativismo judicial e da discricionariedade, que deve ser evitada dentro das regras do jogo processual.

Percebemos, nesta Tese, que a Resolução 23.478 de 2016 do TSE, no seu Art. 3º, aponta, nesse sentido, ou seja, o próprio TSE reconhece que uma norma incompatível com o Art. 23 deve ser aplicada nos Processos Judiciais Eleitorais, tamanha é a impossibilidade de se afastarem normas que são a mais pura expressão da validade e da aplicabilidade dos princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, não sendo compreensível a continuidade da utilização do aludido dispositivo da Lei de Inelegibilidades.

Outro ponto que devemos destacar é que noutro dispositivo do CPC de 2015 se nota também a repulsa ao livre convencimento proporcionado de maneira viesada pelo Art. 23 aqui referido, a produção de provas pelo juiz, e ainda que este decida com provas alheias aos autos, de forma que não pode ser o juiz quem faz a prova nem é ele a personalidade a intuir provas, a ele é dado ser equilibrado e atender ou não as provocações das partes de maneira imparcial. Ao se aplicar o

referido dispositivo do CPC de 2015, não há como se ter o referido dispositivo da Lei de Inelegibilidades como algo adequado a legislação processual de base.

Percebeu-se, de maneira clara, que, além de inconstitucional, o referido artigo da Lei de Inelegibilidades é incompatível com normas básicas de processo, retirando a possibilidade de haver estabilidade na jurisprudência eleitoral, tornando o cotidiano do Processo Judicial Eleitoral algo insalubre. Significa, ainda, uma grave ameaça ao Estado Democrático de Direito. Estas agravantes são lesivas ao Processo Eleitoral, e representam justamente o contrário do que o dispositivo da lei *preserva*, que é o interesse público de lisura eleitoral.

Aqui se identificou que esse tipo de abertura legislativa traz consigo a utilização de métodos interpretativos como o teleológico, o que representa uma volta ao passado na interpretação jurídica e não uma adequação aos postulados contemporâneos do processo civil que, como vimos, são compatíveis ao Processo Judicial Eleitoral, pois o mote desse método são os interesses sociais do momento (ou aqueles que estão na ordem do dia na leitura pessoal de um julgador) a serem aferidos pelos Magistrados conforme suas impressões pessoais daquilo que viria a ser de interesse da sociedade naquele momento onde ele profere a sua decisão e não as diretrizes constitucionais, que não raro podem colidir com a pretensão de uma massa social em determinado momento histórico.

Nesta Tese ficou demonstrado que não mais há como se aprisionar o conceito de interpretação teleológica, ela precisa ser ressignificada, adequada ao ambiente constitucional, às legislações que têm um viés democrático e constitucional, não há como se apreender aquilo que não é conhecido (o fim, a finalidade), pois, mais do que o subjetivismo que pode advir da atuação do intérprete, este deve atuar dentro dos limites que o sistema inserto lhe impõe, respeitando o que entendemos ser uma premissa básica para o Processo Judicial Eleitoral, que é a presunção da vontade popular externada nas urnas.

No caso, a premissa da Presunção de Legitimidade da Vontade Popular, que defendemos, leva em consideração o que o povo decidiu nas urnas, de maneira que, para desfazer essa escolha popular, uma presunção ou um indício jamais seriam suficientes; de maneira que os representantes, salvo exceções pontuais, têm o direito de desenvolver seus trabalhos ainda que isso implique em “*desagrado popular*”.

O candidato eleito tem o direito de exercer seu mandato conferido pela vontade do povo, que pode até ter se modificado, após pouco tempo de iniciado um mandato, mas isso jamais será justificativa para a retirada de um mandato popular; isso não poderá se transfigurar em desrespeito à lisura eleitoral, pois se há uma presunção nesse campo é o da Legitimidade da vontade popular.

As mudanças nesse jogo, via de regra, não devem se fazer pelo campo jurídico, mas sim na via política. No seu devido tempo, os detentores do poder terão, numa Democracia, periodicamente, oportunidade de modificar suas escolhas, tudo no tempo definido pela Constituição Federal e pelas Leis; a regra não pode ser a mudança de mandatários via Judiciário nem pelo Legislativo.

O respeito ao tempo Democrático implica situações em que a vontade popular ou das redes sociais não pode modificar aquilo que as urnas decidiram, muito menos, repisar-se por decisões judiciais fundamentadas em elementos frágeis, indícios ou presunções. Em um ambiente em que não se respeita a legitimidade da vontade popular, onde tribunais acreditam que suas canetas valem mais do que o “confirma” que o cidadão dá em tempos de eleição, o risco para a incolumidade da Democracia é significativo.

Há de se tomar como coluna central do pensamento do intérprete que, através do direito/dever do voto, o cidadão expressa sua vontade, isto é, escolhe quem ele quer que lhe represente. Por meio de seus critérios subjetivos e das vivências, o indivíduo escolhe quem o entende, quem pode resolver as pendências sociais que o incomodam, quem traga soluções para a melhoria de vida. Quem ele escolhe é a quem ele confia o Poder que é intrinsecamente seu e que ele dá para outrem gerir em seu nome.

O representante é mandatário, a ele é dada uma missão de assegurar que a vontade popular concernente à concessão de sua parcela de Poder que é do povo seja administrada em prol de seus escolhidos. Essa estrutura democrática deve conceder estabilidade jurídica aos representantes. Não é concebível que esses e o povo fiquem à mercê de atitudes solipsistas de um magistrado. O poder vem do povo e em seu nome é exercido, o Poder Judiciário não é a manifestação de outro Poder, é o mesmo, só que numa diferente instância; e não é ele sozinho quem deve ter, a partir de livre apreciação e livre convencimento, o controle de tirar ou não o cargo de alguém devidamente eleito.

Por isso este trabalho defende que a figura do magistrado não pode exercer suas atividades de acordo com os moldes de sua vontade subjetiva, não importando a má opinião que o público eventualmente lhe dedique, caso decida de acordo com a Constituição, devendo a atuação ser pautada no ordenamento sem dele poder distanciar-se, já que uma vez escolhido esse caminho todas as bases do Estado Democrático de Direito poderiam ruir.

Mesmo que o Poder Judiciário no âmbito eleitoral seja tremendamente cobrado por setores sociais que inflamam discursos parciais e taxativos, ele deve se manter firme e jamais sucumbir à pressão que a sociedade coloca sobre sua instituição, decidindo em favor do ordenamento posto e contra o mais fervoroso dos clamores populares.

É impensável um Poder Judiciário que se ponha (ou seja posto) acima de todo o campo Legislativo e constitucional, e se isso vier a acontecer o próprio Poder do Povo perecerá ante um Judiciário inseguro e gerador de inseguranças, enfraquecido, que não segue parâmetros objetivos de julgamento, e que não poderá representar alcançar um sistema jurídico íntegro e coerente, porém esse é um paradigma central do processo civil enquanto instituição e estrutura, na forma do Art. 926 do Código de Processo Civil de 2015. E cabe a nós, juristas, construirmos caminhos para chegarmos a essa postulação da lei, trabalhando para que a atividade judicial siga dentro de seus limites constitucionais.

Um deles seria a releitura do julgamento da ADI 1.082 através dos novos paradigmas trazidos pela legislação processual civil de 2015. Esse movimento tem o potencial de lançar bases capazes de dar um norte à atuação jurisdicional no Processo Judicial Eleitoral, em que a regra seja o respeito a Hermenêutica Contemporânea, o afastamento das presunções pessoais do julgador, de indícios, enfim, uma atuação em que a cognição pessoal do magistrado esteja alinhada com a Lei, e onde sua atuação respeite os limites legais e constitucionais impostos a atividade judicante, que deverá guardar coerência com o ordenamento jurídico que impõe decisões judiciais fundamentadas, diferente do que se viu na pesquisa desenvolvida nesta Tese, na qual inúmeras e emblemáticas são as situações em que julgados carentes de fundamentação legal causam estragos na seara eleitoral.

Uma decisão judicial fundamentada, conforme ficou exposto nesta Tese, é a melhor e única via de controle sobre a atividade judicial, uma garantia efetiva de Justiça em um Estado Democrático de Direito, é uma trava para que o Poder Estatal

não avance sobre os direitos individuais dos cidadãos e a Democracia, por consequência, se consolide também no âmbito do processo judicial.

Necessário se superar os juízos valorativos pessoais e as argumentações de ocasião; na pesquisa se demonstrou que, em decisões emblemáticas com alterações substanciais, a partir dos julgados das Cortes superiores é comum que esse artifício apareça.

Para essa superação, é primordial que se adote a Hermenêutica Contemporânea, como se fosse uma novidade. Na Justiça Eleitoral, ela é a base para um Roteiro Hermenêutico, construído sob as bases científicas lançadas por autores como Schleimacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer, bem digeridas e alinhadas por autores como Lenio Streck e Ernildo Stein, para ficarmos nos que mais se preocuparam em divulgar esse ramos do conhecimento no Brasil, que auxiliará o intérprete a qualificar a sua atuação e não permitir distorções na atuação jurisdicional eleitoral, que, como se verificou nesse trabalho, ainda adota premissas hermenêuticas talhadas em um ambiente não democrático.

Entendemos então que um Roteiro Hermenêutico pode servir de ferramenta interpretativa, sem limitar a atuação de ninguém, para as decisões judiciais. Ele se estrutura em passos que devem ser seguidos para que o processo decisório seja feito da maneira adequada, isto é que respeite todas as normativas constitucionais brasileiras.

Esse roteiro se embasa na Teoria da Decisão Judicial de Streck e intenta não permitir decisões judiciais ativistas, que, tendo em conta que atualmente esse tipo de decisão prolifera, pelo fato de os seus responsáveis não adotarem nenhum padrão comportamental e decisório, muito pelo fato de não lhes ocorrerem nada, nenhuma sanção, por desvirtuar o Direito e a atuação jurisdicional adequada a um sistema judicial regido por um texto constitucional de cariz democrático, como é o caso da Constituição brasileira de 1988.

Os passos deste roteiro se iniciariam observando se a norma a ser aplicada é constitucional, para tanto o intérprete lançaria mão das seis hipóteses, nas quais o juiz não aplicará uma lei: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex*

anterioris, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição (STRECK, 2014a).

Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição. Trabalha-se, nesse ponto, com a relação “texto-norma”. A interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e as demais sentenças interpretativas são importantes elementos para confirmar a força normativa da Constituição. São sentenças interpretativas e perfeitamente legítimas, quando proferidas sob o império de uma adequada teoria da decisão; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. (STRECK, 2014a).²⁴¹

Certamente isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo,

²⁴¹ Essas hipóteses, seis, onde um Juiz deve afastar a aplicação de uma norma vêm sendo trabalhadas nas obras de Lênio Streck já há algum tempo, elas são parte da estrutura de uma Teoria da Decisão Judicial que o referido autor desenvolve. No livro *Verdade e Consenso* (2011, p. 327-416) veio a referência mais citada sobre este assunto, tal obra posteriormente teve mais duas reedições, tal questão foi alvo de várias outras obras e artigos jurídicos de sua autoria que trataram sobre o assunto e fizeram parte da fixação e divulgação dessa ideia, importante para se ter a compreensão de que não é dado aos atores do processo judicial, principalmente na seara eleitoral, devido a sua importância para a consolidação do processo democrático, aplicar uma Lei somente quando é conveniente ao intérprete.

na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência.

Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese “a”. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência Hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto, conforme a doutrina de Streck que o trabalho expôs.

O segundo passo seria observar se a aplicação da norma pode significar uma “invasão” na competência dos Poderes Legislativo ou Executivo, para tanto o conhecimento mínimo de teorias alienígenas mal utilizadas, no Brasil, como a da ponderação de Robert Alexy é importante.

O terceiro é analisar se o devido processo legal foi respeitado até o momento da aplicação da norma. Deve o julgador fazer isso, uma vez que não há como relativizar esse direito; existindo situação de descumprimento deste princípio, não há como aplicar a norma pretendida sem encarar esta situação e decidir sobre eventual nulidade antes de pensar na questão de fundo da decisão em si. Sendo que, se o devido processo (Art. 5º, LIV, CF/88) legal foi observado, são trazidos também outros princípios afins: contraditório, ampla defesa, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, juiz natural, fundamentação da decisão e da igualdade.

Ainda sobre o terceiro passo, sabe-se que para proteger o devido processo legal o magistrado precisa cumprir o Princípio da Inércia e que depois a ação pode seguir por impulso oficial. Importante também frisar a necessidade de o procedimento ser constitucionalmente compatível.

Salienta-se, também, que o processo judicial brasileiro é regido pelo sistema acusatório, desta feita, ao juiz não cabe o papel de ir procurar provas (como aqui já

tratamos anteriormente ao tratarmos sobre a questão da verdade real), deve-se respeitar provas formais, sendo que a verdade real não deve fazer parte dos autos.

O quarto passo é fundamentar, com integral justificativa, a aplicação da norma no caso (Art. 93, IX, da CF/88 e 489, do CPC de 2015), na decisão judicial, o intérprete precisa justificar de cada ponto que a motivou, precisam estar explícitos os porquês jurídicos de tal resposta. Não podem haver valorações, análises solipsistas e coisas do gênero, devendo a regra do Art. 489 do CPC de 2015 ser cumprida na sua integralidade.

O quinto passo do Roteiro Hermenêutico aqui proposto é observar o texto legal interpretado no seu sentido, sem ampliá-lo, ignorando conclusões subjetivistas, pois não cabe ao interprete a criação de Direito, cabendo-lhe aplicar a norma nos termos trabalhados à exaustão no presente trabalho.

O sexto é não ressignificar termos das normas legais livremente, pois qualquer construção de sentido que não represente uma atribuição de sentido, conforme à Constituição pode se tornar uma construção legislativa, o que remeteria o intérprete de volta ao segundo passo.

Caso o faça, é possível que os significantes tenham alterados seus significados em cada prática, em cada universo em que for inserido. Ou seja, esses terão seus significados alterados não só no interior de cada prática comunicativa, mas na relação entre intérprete e regra jurídica.

A interpretação pressupõe o alcance do sentido das palavras. Para verificar se a estrutura da frase admite determinado sentido, é preciso levar em conta sempre a adequação da norma (do sentido atribuído à determinada previsão legislativa) ao texto constitucional, vez que uma palavra pode ter duplo significado.

O processo interpretativo será sempre de *ida e vinda*: do texto (da palavra), até a construção de seu sentido a partir de uma adequação vetorial com a Constituição (eis o surgimento da norma) e, por outra via, do contexto do sistema jurídico (daquilo que se extrai da sua integridade) para a norma.

Dessa maneira, é equivocado atribuir novo significado ou ressignificar uma expressão com a finalidade de fazer com que o texto jurídico diga aquilo que está unicamente na compreensão do intérprete, e não no contexto do texto da norma.

A ressignificação que o intérprete deve fazer é a da Interpretação Teleológica, que não mais significa ir à procura de uma finalidade oculta da norma, mas sim de adequá-la ao arcabouço constitucional; essa seria uma forma de

respeitar os primados hermenêuticos que são condição de possibilidade para conhecer qualquer coisa, não um método para que se entenda algo, pois não há separação de compreensão e interpretação. Ou seja, a interpretação é um ente existencial.

Imperioso, então, assentar que a interpretação não é um ato de vontade do intérprete. Ele será um dos muitos a lidar com aquele texto, com o qual poderá desenvolver uma relação direta e própria, contudo, não idiossincrática o suficiente para desconsiderar seu pertencimento ao amplo universo dos intérpretes da seara jurídica contemporânea.

Não há, pois, espaço para a colocação de condições de verdades pessoais do intérprete, pois a apreciação semântica limita o intérprete, não abrindo possibilidades de ressignificações capazes de alterar ou criar sentidos das normas legais sem o amparo do sistema em que se encontram.

E o sétimo passo é verificar se a conclusão da interpretação dada ofende a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF), o princípio da moralidade (art. 37, caput, CF/88).

Conforme tudo o que foi explicitado e de acordo com os julgados analisados neste trabalho, os quais desconsideram a Hermenêutica em sua forma mais adequada, há a necessidade da análise de tal postura na Justiça Eleitoral, que é apresentada e investigada neste estudo. Por isso, é imperioso se verificar a forma de interpretação utilizada na aplicação do Direito para que se tente demonstrar onde residem os equívocos e quais as soluções trazidas por esse movimento de crítica (ou nova crítica) ao Direito para a correção das decisões judiciais.

A partir da premente necessidade dos passos aqui relatados, percebe-se que, quando inexistente uma Teoria da Decisão que norteie o processo decisório, há vários tipos de más consequências, por isso se faz necessário reconhecer-se a relação entre Teoria do Direito e Filosofia, para que se estabeleçam, de maneira contundente, as bases para que uma Teoria da Decisão Judicial se estabeleça também na Justiça Eleitoral.

Não há como se negar que a Hermenêutica com a Filosofia se desenvolvem de maneira que a compreensão é obtida através da experiência, do toque de realidades diversas, de modo a gerar conhecimento intersubjetivo. Sabe-se que se ater em perspectivas historicistas não é uma boa base de fusão de horizontes, haja vista não haver mescla de potenciais verdades. Em sede de compreensão, sabe-se

que é necessário passar pela interpretação, por isso é extremamente válido que haja o confronto de interpretações/realidade, a fim de gerar conhecimento inclusivo e o mais próximo da realidade possível.

Por isso, resta inevitável termos que trabalhar a relação de distância entre sujeito e objeto, para que a verdade não se submeta aos desígnios egoístas de apenas uma das partes. A verdade precisa existir entre as partes, a fim de não gerar ideologias e, assim, não existir obstáculos grandiosos entre uma e outra.

Neste ponto, a questão da ressignificação de uma norma no ato interpretativo ganha destaque, pois é vazia de sentido e pode gerar uma crise de sentido através da atuação do intérprete, já que o ser normativo não depende dele para outras indagações dessa espécie.

Se a norma sofre com uma espécie de angústia existencial, não há como ser um ordenamento jurídico frutífero para a segurança jurídica, integridade, coerência e fusão de horizontes como antes aqui explanado; pois em um estado de angústia o ente é tomado por incerteza, instabilidade, valores questionáveis e decisões difíceis de serem tomadas, com uma complexidade que ali não deveria estar instalada.

Por isso não há que se falar em compreensão sobre alguma norma sem se saber em qual contexto ela está sendo solicitada ao intérprete, a fim de que o seu ser seja apreendido e desenigmatizado. Não há que se falar em interpretação da norma se apenas for colocada em um livro e lá analisada. A norma ganha vida *in concreto*. A norma precisa, além do texto, de um contexto. Não há sentido em sua aplicação ao estudo jurídico isoladamente.

Nesse sentido, a significação é pressuposto para que experiências sejam entendidas como aprendizados e não apenas como coisas que aconteceram. A significação é questão primordial dentro da afetação do ser e do encontro do homem enquanto ser humano. A experimentação, a partir dos parâmetros já elencados nos parágrafos anteriores, é um dos aspectos que precisam ser significados para terem sentido.

Portanto, fica demonstrado que não há como se atingirem os objetivos de um processo judicial com base em atalhos (tais como os métodos interpretativos tipo o teleológico se perfazem) que sempre terão a muleta de uma atuação valorativa pessoal de um intérprete julgador. Por mais que haja uma situação na legislação, no caso gritante das leis que regem o processo judicial eleitoral, há uma

impossibilidade sistêmica que impede que esse processo desenhado (principalmente a partir da moldagem do Código de Processo Civil de 2015) para ser democrático e promover a igualdade das partes se consolide respeitando os primados que o regem.

Por fim, o uso do Roteiro Hermenêutico imporá a absorção dos novos paradigmas do processo civil, a partir do reconhecimento e compressão das bases que sustentam as modificações que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe e auxiliará o intérprete que internalizar a sua complexidade, e colocará o Processo Judicial Eleitoral alinhado à contemporaneidade que impõe um alinhamento entre a Filosofia e a Teoria do Direito, sempre adotando a Constituição como limite de atuação interpretativa.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: RT, 2014.
- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**, [S.l.], v. 245, p. 351-377, jul, 2015. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Interpretacao-e-Aplicacao-dos-Provimentos-Vinculantes-do-Novo-Codigo-de-Processo-Civil-a-Partir-do-Paradigma-do-Pos-Positivismo.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.
- ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado democrático de direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 533-534.
- ABEL, Henrique. **A discricionariedade judicial e sua (in)compatibilidade com o Estado democrático de direito – positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário do “pós-positivismo**. 2011. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210-211.
- AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Elementos de direito eleitoral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ALCANTARA, Leonardo Alejandro Gomide; OLIVEIRA FILHO, Eduardo Langoni de. Os direitos sociais sob as óticas procedimentalista e substancialista e a opção da suprema corte brasileira. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, [S.l.], n. 21, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/ntyw.pdf>. Acesso em: 10/03/2018.
- ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.
- ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. El debido proceso. In: ALFREDO GOZAÍNI, Osvaldo. **Derecho procesal constitucional**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ALVES, Jones Figueiredo. **A verdade material como novo paradigma do processo civil moderno**. Aplicação tópica e significativa ao princípio da justa composição do conflito. 89 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) -- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013.

ANDRADE NETO, João. O art. 23 da LC 64/90 em face do dever de fundamentação no direito eleitoral. In: FUX, Luiz, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito processual eleitoral**. Belo Horizonte; Fórum, 2018. Tratado de Direito Eleitoral, v. 6, p. 393-416.

ANGRA, Wagner. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica**. São Paulo: Loyola, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornhein. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção os Pensadores).

ARRUDA, Thaís Nunes. **Como os juízes decidem os casos difíceis?: a guinada pragmática de Richard A. Posner e a crítica da teoria da integridade de Ronald M. Dworkin**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ATALIBA, Geraldo. **Lei complementar na Constituição**. São Paulo: RT, 1971.

ATIENZA, Manuel, sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico. In: ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Para uma teoria post positivista del derecho**. Lima: Palestra Temis, 2009.

AVELLAR, Ana Paula; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Direito à prova nas ações civis ex delicto. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). **Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAILLY, A. **Dictionnaire Grec-Français**. 16. ed. Paris: Library Hachette, 1950.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n. 5, jan./mar. 1994.

BARBERIS, Mauro. L'ermeneutica. In: BARBERIS, Mauro. **Filosofia del diritto**. Una introduzione storica. Bologna: Il Mulino, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 280-281.

BARRETO, Vicente. Interpretação constitucional e estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 203, p. 11-23, jan./mar. 1996.

BARROSO, Luis Roberto. Barroso afirma que STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 de abril de

2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>. Acesso em: 10 out. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Barroso defende papel "iluminista" do Supremo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>. Acesso em: 10 out. 2018.

BASTOS, Amanda. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional como expressão do direito penal simbólico no Brasil**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodvium, 2017. t.1: Teoria da Constituição.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Il Futuro della democrazia**, Torino: Einaudi, 1995.

BOLLMANN, Vilian. Desatando os nós do neoconstitucionalismo brasileiro. **Seqüência**, Florianópolis, v. 40, n. 81, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p185>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFIM, Vinícios Silva. Gadamer e a experiência hermenêutica. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 14, n. 49, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/1152>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BORGES, Jorge Luiz Souto Maior. **O novo CPC e o não-juiz**. [S.l.], 2016. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_novo_cpc_e_o_nao-juiz.pdf. Acesso em: 20 set. 2018.

BORGES, José Souto Maior. Eficácia e hierarquia da lei complementar. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 25, p. 98, 1973.

BRANDO, Marcelo Santini. **Como decidem os juízes?** Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral. 2013. (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Funcionamento da justiça eleitoral em alguns países. **Estudo**, n. 143, Brasília, DF, 22 ago. 2000. Disponível em: <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/textos/SenadoEstudoSistemasEleitorais.odt>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Pleno - Deferido registro de prefeita eleita de Pombal (PB)**. 22 maio 2014. (3min 35s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uG1M951H7m4>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) – 5525**. Partes: Requerente: Procurador-Geral da República (CF 103, 0VI). Requerido: Congresso Nacional, Presidente da República. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 12 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5525&processo=5525>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Plenário define implantação gradual do voto impresso nas eleições**: a distribuição dos módulos de impressão ocorrerá de forma proporcional ao eleitorado em cada UF. Brasília, DF, 03 maio 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/plenario-do-tse-define-implantacao-gradual-do-voto-impresso-nas-eleicoes>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRODSKY, Jon. **Nosso caráter procede por ser ou por ter?** [S.l.], 2016. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=yxNyDwAAQBAJ&pg=PA131&lpg=PA131&dq>. Acesso em: 08 out. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. ver. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

BURGOS, Marcelo Baumann et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

CABRERA, Julio. **Margens das filosofias da linguagem**: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem. Brasília: UNB, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**: Cuadernos de Filosofia del Derecho, [S.l.], v. 1, n. 21, p. 211-215, 1998.

CANÁRIO, Pedro. Deontologia do direito “direito não pode ser corrigido por valores morais”. **Revista Conjur**, São Paulo, 02 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>. Acesso em: 28 fev. 2017.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Servanda, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. II. Padova: Cedam, 1986.
- CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A verdade na perspectiva de Heidegger e a decisão judicial. **Seara Jurídica**, v.1, n. 5, p. 48-71, jan./jun. 2011.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2010.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. **Revista de Sociologia e Políticap**, [S.l.], n. 25, p. 83-106, nov. 2005.
- COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. The practice of principle. In: COLEMAN, Jules (org.). **Defense of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**: Estado constitucional democrático de direito discurso justificativo legitimação do exercício da jurisdição. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. Edição do Kindle.
- COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 442 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.
- COSTA, Marcelo Cacinotti. **O método dos indícios formais de Martin Heidegger e a contribuição da moral como condição de possibilidade para uma adequada aplicação do direito**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015.
- COSTA, Marcelo Cacinotti; LIMA, Vinícius de Melo. **Decisão judicial e democracia**: por uma ética da responsabilidade no direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- COSTA, P. da. Diferença ontológica e técnica moderna em heidegger. **Saberes - Revista Interdisciplinar de Filosofia e Educação**, [S.l.], v. 1, n. esp, 31 jan. 2015.
- COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Kruger. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.
- CREMASCHI, S. “Filosofia analítica e filosofia continental”. **La Nuova Italia**, Firenze, p. 45; 77, 1997.

CULLER, J. **Teoria literária**: uma introdução. São Paulo: Beca, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional**: direitos fundamentais. Salvador: Podium, 2007.

CUTER, João Virgílio. A ética do Tractatus. **Analytica**. Rio de Janeiro, v. 07, n. 02, p. 43-57, 2003. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/analytica/article/viewFile/477/434>. Acesso em: 7 nov. 2018.

DAVID, Décio Franco. Simbolismo: o hambúrguer do marketing político-criminal. **Justificando**, [S.l.], 1º abr. 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/01/simbolismo-o-hamburguer-do-marketing-politico-criminal/>. Acesso em: 7 nov. 2018.

DAWNSON, John Philip. **Gli oracoli del diritto, a cura e con un saggio introduttivo di Rocco Giurato**. Napoli: Istituto italiano di studi filosofici, 2015.

DE LA RUA, Fernando. **Teoría general del proceso**. Buenos Aires: Desalma, 1991.

DE SANTIS, Simone. L'uso politico degli strumenti processuali penali. **Revista Eletrônica Arquivo Penale, Rivista Classe A A**, Lugarno, fasc. 3, set./dez. 2012. Disponível em: [http://www.archiviopenale.it/fascicolo-n-3--settembre-dicembre-2012-\(web\)/fascicoli-archivio/132](http://www.archiviopenale.it/fascicolo-n-3--settembre-dicembre-2012-(web)/fascicoli-archivio/132). Acesso em: 7 nov. 2018.

DELGADO, José Augusto. **O Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988**. [S.l.], 1992. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79062610.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2018.

democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Democratizar a democracia**. Os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. O direito e a ética em Bentham e Kant: uma comparação. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 38, n. 1, p. 147-166, abr. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732015000100147. Acesso em: 7 nov. 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: JusPodivm, 2012.

DILTHEY, Wilhelm. **Introdução às ciências humanas**: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DILTHEY, Wilhelm. **Ideas acerca de una psicología descriptiva y analítica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1951. (Obras Completas, v. 6).

DILTHEY, Wilhelm. **Teoria de la concepcion del mundo**. México: Fondo de Cultura Económica, 1945.

DIMITRUK, Erika Juliana. O que é o direito? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, [S.l.], v. 1, n. 1, 2004. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-7.pdf. Acesso em: 9 nov. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: significado e correntes. [S.l.], 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>. Acesso em: 9 nov. 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOSSETTI, Giuseppe. La Costituzione italiana: Il valore di un patrimonio. **Aggiornamenti Sociali**, [S.l.], n. 11, p. 697, nov. 1994.

DOURADO, Sabrina. **As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados**: desafios do poder judiciário em face do moderno processo civil brasileiro. [S.l.], 11 out. 2011. Disponível em: <http://sabinadourado1302.jusbrasil.com.br/artigos/121935831/as-clausulas-ferais-eos-conceitos-juridicos-indeterminadosdesafios-do-poder-judiciario-em-face-domoderno-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 1 out. 2018.

DRUMMOND, Victor Gameiro. As condições de possibilidade do direito de autor e análises sobre sua aplicabilidade ao processo de construção decisional. Um contributo para a teoria da decisão sob o olhar autoralista. In: (VÁRIOS) A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 211-233.

DUARTE, Écio Otto. **Entre Constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DUTRA, Elza. A narrativa como uma técnica de pesquisa fenomenológica. **Estud. psicol.** Natal, v. 7, n. 2, p. 371-378, jul. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/epsic/v7n2/a18v07n2.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2018.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 274.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general del proceso**. 3. ed. Buenos Aires: Universidad, 2004.

EL SALVADOR. Sentença da Corte Constitucional. **Sentencia nº 0855-2013-SL de Sala de Lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia (2012)**, 8 de Noviembre de 2013. Disponível em:

www.jurisprudencia.op.sv/explois/index.asp?nBD=1&nItem=40660&nModo=3. Acesso em: 26 set. 2018.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça eleitoral contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Ballot**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 270-292, jun. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça eleitoral contramajoritária e soberania popular: a democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Ballot**. Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 1, p. 270-292, jun. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot>. Acesso em: 9 nov. 2018.

ESPINOSA CUEVA, Carla. **Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral**. Quito: TCE, 2010.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIA, Fernando de Castro. Novo CPC permite releitura sobre dispositivo da Lei de Inelegibilidade. **Consultor Jurídico**, 4. set. 2016. Disponível em: <https://2016acontece.wordpress.com/2016/09/04/novo-cpc-permite-releitura-sobre-dispositivo-da-lei-de-inelegibilidade/>. Acesso em: 9 nov. 2018.

FAZZALARI, La imparzialità del giudice. **Riv. Dir. Proc.**, 1972.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e. ampl. São Paulo: RT, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. Roma-Bari: Laterza, 1996.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Ciência dogmática do direito e seu estatuto teórico. In: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1990. cap. 3, p. 85-93.

FERRER BELTRAN, J. «Entrevista a Michele Taruffo», en Taruffo, M. **La Prueba de los Hechos**, Madrid, 2005. Ed. esp.

FLORES, Antonio Salcedo. **La Verdad Procesal. Alegatos**, n. 58, México: Septiembre-Diciembre de 2004.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Org. e Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANCO, Sérgio de Gouvêa. Dilthey: compreensão e explicação e possíveis implicações para o método clínico. **Rev. latinoam. psicopatol. fundam.**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 14-26, mar. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142012000100002. Acesso em: 9 out. 2018.

FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano: o simbolismo no direito**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia: romance da história da filosofia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 1: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. v. 2: complementos e índice.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik**. Tübingen: Mohr, 1960.

GALLI, Marcelo; TEIXEIRA, Matheus. Juiz eleitoral pode produzir provas em busca da "verdade real", diz Herman. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-07/juiz-eleitoral-produzir-provas-busca-verdade-real-herman>. Acesso em: 19 nov. 2018.

GARAPON, A. **Del giudicare**. Milano: [s.n.], 2007.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Apres. Cass Sunstein. Barcelona: Ariel, 1996.

GIANNATTASIO, Carlo. La magistratura. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (direto da) **Commentario sistematico alla costituzione italiana**. Firenze: G. Barbera, 1950. p. 169-195.

GOLDSTONE, Lawrence. **The activist: John Marshall, Marbury v. Madison, and the myth fo judicial review**. New York: Walker & Company, 2008.

GONZALEZ, Catalina. Hermenêutica y retórica en gadamer: el círculo de la comprensión y la persuasión. **Revista de Estudios Sociales**, [S.l.], n. 14 dec. 2012. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revestudsoc/7392>. Acesso em: 19 nov. 2018.

GÖSSEL, Karl-Heinz. **El derecho procesal penal en el Estado de derecho**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o novo código de processo civil brasileiro. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JUNIOR, Herval (org.). **Os juízes e o novo CPC**. Salvador: Juspodvm, 2017.

GRESTA, Roberta Maia. **Teoria do processo eleitoral democrático**: a formação dos mandatos a partir da perspectiva da cidadania. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2019.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Trad. de Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?imprimir=1>. Acesso em: 9 out. 2018.

GUERZONI FILHO, Gilberto e SOARES, Paulo Henrique. Funcionamento da Justiça Eleitoral em alguns países. **Consultoria Legislativa**, [S.I.], 22 ago. 2000. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Q_UsUMWWGYoJ:www.brunazo.eng.br/voto-e/textos/SenadoEstudoSistemasEleitorais.odt+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 9 out. 2018.

GUERZONI FILHO, Gilberto. A justiça eleitoral no Brasil: a desconfiança como elemento fundamental do nosso sistema eleitoral. **Informação legislativa**, Brasília, DF, n. 41, n. 61, p. 31-45, jan./mar. 2004.

GUZMÁN, Nicolás. **La verdad en el proceso penal**: una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. t. 1, p. 252-253.

HAMLIN, Cynthia Lins. **A hermenêutica romântica de Wilhelm Dilthey**. [S.I.], 1999. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/a-hermeneutica-romantica-de-wilhelm-dilthey-cynthia-hamilin.html>. Acesso em: 9 out. 2018.

HART, H. L. A. **O conceito de direito** (com um pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001

HEIDDEGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. e Org. Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. pt. 1.

HERRERA, Luiz Henrique Martim; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Interpretação Constitucional: notas sobre procedimentalismo e substancialismo. **Jornal da Fundação**, [S.l.], out. 2012. Disponível em: <https://www.univem.edu.br/jornal/materia.php?id=200>. Acesso em: 5 mar. 2018.

HOLZ, Wantuil Luiz Cândido. **Hart e a textura aberta do direito**. [S.l.], dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45128/hart-e-a-textura-aberta-do-direito>. Acesso em: 17 maio 2018.

HUME, David. **A treatise of human nature**. 2nd ed. with text revised by P. H. Nidditch. Oxford: Clarendon Press, 1978.

HUME, David. **An enquiry concerning the principles of morals**. [S.l.], May 2015. Disponível em: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hume1751.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

In: FUX, Luiz, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Direito processual eleitoral**. Belo Horizonte; Fórum, 2018. Tratado de Direito Eleitoral, v. 6, p. 417-427.

ITALIA. **Cronologia**. Website da cronologia leonardo. [S.l.], 10 ago. 2018. Disponível em: <https://cronologia.leonardo.it/rozza01.htm>. Acesso em: 17 maio 2018.

JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. **A Viena de Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999. p. 351-352.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 153.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. e Rev. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KOZICKI, Katia. H. L. A. **Hart**: a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do direito. 1993. Dissertação (Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 1993.

KOZICKI, Katia; WILLIAM, Pugliese. **O conceito de direito em Hart**. [S.l.], maio 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. Acesso em: 17 maio 2018.

KOZINSKI, Alex. **What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making**. [S.l.], 1993. Disponível em: http://law.indiana.edu/instruction/profession/doc/23_2.pdf. Acesso em: 19 set. 2018.

KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre conceitos jurídicos indeterminados e o controle da discricionariedade no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, n. 23, 2004.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. **Nomos**, v. 34 n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1218>. Acesso em: 19 set. 2018.

LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo". **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, [S.I.], jul 2014. Disponível em: www.eumed.net/rev/cccss/29/positivismo.html. Acesso em: 19 set. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Sídia Maria Porto. **O ativismo judicial e o judiciário eleitoral: um estudo da atividade legislativa do tribunal superior eleitoral**. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Has-san Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 37, n. 145, p. 101-112, jan./mar. 2000.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Trad. Luca Lamberti. Rev. da Trad. Carlos Aberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2: O século X.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUZ, Ana Rosa. O teleologismo de Aristóteles: a teoria das virtudes à luz da ética a Nicômaco. **Revista Ítaca**, Rio de Janeiro, n. 27, 2014. Disponível na Internet em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ltaca/article/view/2416/2065> 2014. Acesso em: 19

set. 2018.

LYOTARD, J-F. **A fenomenologia**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** 2. ed. São Paulo, Brasiliense, 1982.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto Teoria, filosofia e dogmática jurídica: rigor e método. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Teoria do direito contemporânea**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **A crítica de Dworkin ao convencionalismo e sua relevância**: um esquema de crítica conceitual. Direito, Estado e Sociedade (Impresso). v. 47.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Teoria, filosofia e dogmática jurídica: rigor e método. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (org.). **Teoria do direito contemporânea**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

MACHADO, Fabrício Fonseca; WERMANN, José Alfeu. Uma aproximação entre a Academia de Platão, o Liceu de Aristóteles e as Universidades. **Theoria - REVISTA eletrônica de filosofia**, Pouso Alegre, v. 3. n.19, 2016. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao19/01012016RT.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

MAGRI, Tito. Natural obligation and normative motivation in hume's treatise. **Hume Studies**, [S.l.], v. 22, n. 2, p. 231-253, 1996. Disponível em: <http://www.humesociety.org/hs/issues/v22n2/magri/magri-v22n2.pdf>. Acesso em: 19 set. 2018.

MAKKREEL, R. A.; RODI, F. Introduction. In: DILTHEY, W. **Introduction to the human sciences**. New Jersey: Princeton University Press, 1989. (Selected Works, v. 1).

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 275.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. 3. ed. Prefácio de J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Atlas, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MATO GROSSO. Tribunal Regional Eleitoral. **Acórdão nº 25813**. Processo no 252-32.2016.6.11.0000- classe- Ag/Rg no MS.Agravante: Moizeis Bernardes de Paula. Relator: Desembargador Luiz Ferreira da Silva. Cuiabá, 1 de outubro de 2016. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/Ac%2025813%20Proc%2025232_16.pdf. Acesso em: 26 set. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAZOTI, M. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri: Manole, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**: parte geral e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Discurso do ministro Marco Aurélio por ocasião da homenagem pelos seus 20 anos de Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jul. 2010, Notícias, A12. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-arnormas-marco-aurelio>. Acesso em: 20 nov. 2011.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1299.

MERLEAU-PONTY, M. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MERLEAU-PONTY, M. **O filósofo e sua sombra**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os pensadores).

MINAMI, M. Y. Afinal, o que faz a justiça eleitoral? **Revista eletrônica EJE**, [S.l.], ano 2, n. 5, 2012. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-ano-ii-no-5/afinal-o-que-faz-a-justica-eleitoral>. Acesso em: 13 out. 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 1992.

MONTEIRO. Renato Leite. A perigosa caixa preta dos algoritmos e a campanha eleitoral de 2018. **El País**, São Paulo, 11 out. 2017 Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/11/opinion/1507749770_561225.html. Acesso em: 13 out. 2018.

MONTELEONE, Girolamo. Riflessioni sull'obbligo di motivar le sentenze (Motivazione e certezza del diritto). **Il giusto processo civile**, Bari, anno 8, n. 1, 2013.

MONTENEGRO, Maria Aparecida de Paiva. Linguagem e conhecimento no Crátulo de Platão. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 116, p. 367-377, dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/kr/v48n116/a0648116.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, Guilherme Peña de. **Curso de direito constituional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Porto Alegre, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MÜLLER, Friedrich. Postpositivismo. **Cantabria**: TGD, n. 3, p. 188-189, 2008.

NARDO, Giulio. Controllo della motivazione della sentenza in cassazione e ricorso ex art. 111 cost. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 50, n. 1, 1996.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. **CPC comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 14. ed. 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBREGA, Guilherme Pupe da. Legitimidade das decisões em ede de jurisdição constitucional: parâmetros para uma análise de discurso jurídico no Brasil. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF**. 1. ed. Brasília, DF: IDP, 2012.

NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **O uso inadequado da interpretação da Lei de Inelegibilidades na Justiça Eleitoral**: críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3130/Alexandre+de+Castro+Nogueira.pdf;jsessionid=7DE0D36F4AEADD661FD38773A366D81F?sequence=1>. Acesso em: 13 out. 2018.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Conjur**, São Paulo, 6 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opinioao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>. Acesso em: 13 out. 2018.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O uso inadequado da interpretação da lei das inelegibilidades na justiça eleitoral**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

NOJIRI, Sérgio. **Decisão judicial**. [S.l.], abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial>. Acesso em: 9 fev. 2018.

ODON, Tiago Ivo. **Tolerância zero e janelas quebradas**: sobre os riscos de se importar teorias e políticas. Brasília, DF, 2016. (Textos para Discussão, 194). Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519162/Textos_para_discussao_194.pdf?sequence=1. Acesso em: 9 fev. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, [S.l.], ano 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Luizir. Polarização política é reflexo de processo histórico conturbado. **Portal O Dia**, [S.l.], 29 set. 2018. Disponível em: <https://www.portalodia.com/noticias/piaui/polarizacao-politica-e-reflexo-de-processo-historico-conturbado-334317.html>. Acesso em: 9 fev. 2018.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Márcio Luis de, **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

OLIVEIRA, Márcio; SAMPAIO, Herval. **Criminal ou eleitoral**: a maior garantia da sociedade é o cumprimento da lei. [S.l.], 2017. Disponível em: <http://www.novoeleitoral.com/index.php/conteudo/artigos/hervalsampaio/1001-criminal-eleitoral>. Acesso em: 9 fev. 2018.

OST, François. François Ost il ruolo del giudice. verso delle nuove fedeltà? **Rassegna Forense**, [S.l.], n. 3-4, 2013. Disponível em: <http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/278146/2013-03.04+I-04+OST+RUOLO+DEL+GIUDICE.pdf/a00af374-4d14-481b-8c0f-8ec500cfd045?version=1.0>. Acesso em: 9 fev. 2018.

OUTHWAITE, William. **New philosophies of social science**: realism, hermeneutics and critical theory. London, MacMillan, 1987.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Teoria direito processual eleitoral: por uma processualidade do direito eleitoral**. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), Porto Alegre, 2015.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: 70, 2006.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PECES-BARBA, Gregório. **Ética, poder e derecho**: reflexiones ante el fin de siglo. Mexico: Fontamara, 2004.

PECORARO, Rossano. **Analíticos ou continentais**: uma introdução à filosofia contemporânea. Rio de Janeiro: Sete Letras, 2013..

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**, v. 219, p. 89-106, maio 2013.

PELEJA JUNIOR, Antonio Velloso. Dinamização do ônus da prova no direito eleitoral. In: AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando; TAVARES André Ramos (org.). **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte. Fórum: 2016

PENTEADO, Luisa Vieira. **O livre convencimento motivado à luz do NCPC/15**. [S.l.], 22 jul. 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9859/O-livre-convencimento-motivado-a-luz-do-NCPC-15>. Acesso em: 25 ago. 2018.

PEREIRA, Luiz Fernando (coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito constitucional democrático**: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana; MOURÃO, Lucas Tavares. Notas críticas do direito processual ao artigo 23 da lei complementar no 64, de 1990. **Revista Resenha Eleitoral**. Florianópolis, v. 21, n. 1, nov. 2017.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEYRANO, Jorge W. **El juez y la busqueda de la verdad en el proceso civil**. [S.l.], 2009. Disponível em: <http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/EljuezyLaverdad.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2018.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Verdade, uma busca sem fim. In: ROCHA, Leonel Severo; Streck, Lenio Luiz (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados. **Texto para Discussão**, Brasília, DF, n. 966, jul, 2003, Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0966.pdf. Acesso em: 19 jul. 2018.

PINTO, Paulo Margutti. **Iniciação ao silêncio**: análise do Tractatus de Wittgenstein. São Paulo: Loyola, 1988.

PLATÃO. **A República**. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RISICATO, L. **La società punitiva**. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. [S.l.], 2016. p. 19-27. Disponível em: www.penalecontemporaneo.it. Acesso em: 19 jul. 2018.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Paulo: Unisinos, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A subsidiariedade do CPC no processo eleitoral. **Revista de Direito e Política**, São Paulo, v. 9, n. 21, p. 99-114, jul./dez. 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer!. **Nat. hum.**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 14-36, 2012. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302012000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 19 jul. 2018.

ROSANVALLON: Pierre. **La legitimidade democrática**: imparcialidade, reflexidad y proximidade. 1. ed. Madrid: Paidós, 2010.

ROSENDO, Flávio Augusto Gomes. Interpretação de texto, um processo interativo. **Revista Revelé**, Belo Horizonte, n. 9, p. 63-73, out. 2015.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNARDELLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral **versus** a fundamentação analítica exigida pelo novo Código de processo civil. *In*: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (coord.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 335-358.

SALVIOLI. G. **Storia de o procedura civile e criminale, en del giudice**: storia diritto ila bano. [S.l.], 1969. v. 3.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone

SANTOS, Paulo Júnior Trindade; TACCA, Adriano. A verdade no novo CPC: por uma construção hermenêutica. **Revista de Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça**, Brasília, DF, v. 2, n.1, p. 239-260, 2016.

SAUVEL, T. Histoire du jugement motivé. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et le etranger**, Paris, 1955.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Metodologia jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del diritto romano attuale**. [S.I.], 1886, v. 1, cap. 4.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas em juego**. Um examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Trad. Claudina Orunesu e Jorge L. Rodrigues, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Disponível em: http://codolc.com/books/Thinking_Like_a_Lawyer.pdf. Acesso em: 9 nov. 2018.

SCHLEIERMACHER, F.D.E. **Ermeneutica, introduzione**. M. Marassi, Bompiani Milano, 2000.

SCOCUGLIA, Jovanka Baracuhey Cavalcanti. A hermenêutica de Wilhelm Dilthey e a reflexão epistemológica nas ciências humanas contemporâneas. **Soc. estado.**, Brasília, DF v. 17, n. 2, p. 249-281, dez. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922002000200003&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 9 nov. 2018.

SESSA, Antonino. Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbólica. **Rivista Diritto Penale Contemporaneo**. Milano, p.19-27, 2016.

SHWARTZ, Germano. **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade**. [S.I.], 2012. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=7UdWDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=\(ROCHA,+ORG.+Shwartz,+LIVRO+Juridiciza%C3%A7%C3%A3o+das+Esferas+ Sociais+e+Fragmenta%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+na+Sociedade,+2012&ots=GSDfhwwRQ7&sig=jMcmeHRQ3VgvlzBf0Slj3OWeM-U#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=7UdWDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=(ROCHA,+ORG.+Shwartz,+LIVRO+Juridiciza%C3%A7%C3%A3o+das+Esferas+ Sociais+e+Fragmenta%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+na+Sociedade,+2012&ots=GSDfhwwRQ7&sig=jMcmeHRQ3VgvlzBf0Slj3OWeM-U#v=onepage&q&f=false). Acesso em: 9 nov. 2018.

SILVA, Luísa Portocarrero F. Da "fusão de horizontes" ao "conflito de interpretações": a hermenêutica entre H.-Gadamer e P. Ricoeur. **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, n. 1, 1992. Disponível em: http://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/da_fusao_horizontes. Acesso em: 9 nov. 2018.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral e razão: reflexões**. Curitiba: Juruá, 2003.

SLUGA, Hans. Wittgenstein: Life and word, na introduction. *In*: STERN, David et al. **The cambridge companion to Wittgenstein**. 9. ed. Nova York: Cambridge University Press, 1996.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: uma proposta de concretização do direito justo no Pós-Positivismo brasileiro. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Direito, Doutorado em Direito Público, UFBA, 2008.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o Jusnaturalismo**: o direito natural como direito justo. [S.l.], 2007. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/28896675/reflexoes-sobre-o-jusnaturalismo-ricardo-mauricio>. Acesso em: 9 nov. 2018.

SOCIEDADE Do Risco: O medo na contemporaneidade. **IHU Online**, São Leopoldo, 22 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2018.

SOMBRA, Laurênio Leite. **Diálogos com o pragmatismo e a hermenêutica filosófica**. Brasília, DF: UnB, 2012.

SPANIOL, W. **Filosofia e método no segundo Wittgenstein**: uma luta contra o enfeitiçamento do nosso entendimento. São Paulo: Loyola, 1989.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **Betti x Gadamer**: da Hermenêutica objetivista à hermenêutica criativa. [S.l.], 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32779-40520-1-PB.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2018.

STAACK, André Luiz. A essência do Positivismo jurídico. **Direito em Debate - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, Ijuí, ano 25, n. 46, p. 121-142. jul./dez. 2016.

STEGMULLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**. São Paulo: E.P.U, 1977.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do molde heideggeriano. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento na interrogação heideggeriana. Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. **Gadamer e a consumação da hermenêutica**. [S.l.], 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/mauro/Downloads/20392-39374-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

STOLZ, Scheila. **Um modelo de Positivismo jurídico**: o pensamento de Herbert Hart. *Revista FGV*, Rio de Janeiro, v. 3 n. 1 p. 101-120, jan./jun. 2007. Disponível em:

http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_05_pp101-120.pdf. Acesso em: 19 nov. 2018.

STRECK, Lenio Luiz Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista. **Conjur**, São Paulo, 21 set. 2017d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>. Acesso em: 3 mar. 2018.

STRECK, Lenio Luiz **O que é isto**. O que é isto – decido conforme a minha consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz O que é isto: a verdade real? uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasilis*? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 921, jul. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial**. [S.l.], 2016. Disponível em: https://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/download/1181/684. Acesso em: 9 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, L. L. (org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, [S.l.], 2016. Disponível em: https://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/download/1181/684. Acesso em: 9 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 70, p. 207-240, set./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, n. 70, p. 207-240, set./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, [S.l.], v. 15, n. 1, p.170, jan./abr. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, [S.l.], v. 15, n. 1, p.170, jan./abr. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição e constituir**: da interpretação de textos à concretização de direitos – a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença entre texto e norma. Democracia, direito e política: estudos em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito; Fundação Boiteux, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCP. **Conjur**, São Paulo, 19 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-npc>. Acesso em: 3 mar. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017c.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

STRECK, Lenio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no Art. 370 do CPC. **Conjur**, São Paulo, 15 set. 2016b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>. Acesso em: 3 mar. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Não havia provas, mas a juíza disse: “testemunhei os fatos”! E cassou o réu! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-10/nao-provas-juiza-disse-testemunhei-fatos-cassou-reu>. Acesso em: 26 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista! **Conjur**, São Paulo, 21 set. 2017d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>. Acesso em: 9 set. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O direito como um conceito interpretativo**. [S.l.], 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/2138-5981-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: a verdade real? uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasiliis*? **Revista dos Tribunais**, São Paulo v. 101, n. 921, julho 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Um olhar hermenêutico sobre o direito eleitoral. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walbert de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (org.). **Direito constitucional eleitoral**. Belo Horizonte: Forum, 2018. v. 1: Tratado de direito eleitoral.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017e.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, A. C.; FREIRE, A. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, E. STRECK, L. L. et al. (org.). **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, ano 7, jan./dez. 2002.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, [S.l.], ano 51, n. 2, 1997.

TARUFFO, Michele. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 15, n. 2, p. 205-213, dez. 2003.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. **Revista di Diritto Processuale**, ano 45, abr./jun.1990.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre Filosofia, Teoria do Direito e a atuação do Judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 1. ed.Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 75-103.

TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel. A nova era do STF e os custos políticos do ativismo judicial. **Conjur**, São Paulo, 8 dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-08/diario-classe-stf-custos-politicos-ativismo-judicial>. Acesso em: 3 mar. 2018.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob. Liberdade de expressão e *hate speeches*: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger. **Revista Brasileira de Direito**, [S.l.], v. 9, n. 2, jul./dez 2013.

TAVARES, Juarez. **Os objetos simbólicos da proibição**: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. [S.l.], 2009. Disponível em: http://www.juarez-tavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf. Acesso em: 24 ago. 2012.

TAYLOR, C. Interpretation and the sciences of man. **Philosophical Papers**, Cambridge, v. 2, 1985.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037-057, jun. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 abr. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova, princípio da verdade real, poderes do juiz, ônus da prova e sua eventual inversão, provas ilícitas, prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, [S.l.], v. 17, p. 9-22, jan. 2004.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: 2010.

VASCONCELOS, Edjar Dias de. **A questão das ciências do espírito e as ciências da natureza**. [S.l.], 2013. Disponível em: <http://webartigos.com/artigos/wilhelm-dilthey-a-questao-das-ciencias-do-espírito-e-as-ciencias-da-natureza/103367#ixzz4ITjMs1cY>. Acesso em: 09 abr. 2019.

VELA, Dúber Armando Celis. La verdad de los hechos en el proceso judicial. **Critério Jurídico Santiago de Cali**, [S.l.], v. 9, n. 2, 2009-2.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VERDE, G. Prova legale e formalismo. **Il Foro Italiano**, [S.l.], pt. 5, c. 465, 1990.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 415, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel Palacios C.; BURGOS, Marcelo Baumann. **O perfil do magistrado brasileiro**. Rio de Janeiro: AMB/IUPERJ, 1996.

VOLPI, Franco. Ermeneutica e filosofia pratica. **Il Mulino Rivista**, Mulino, fasc. 3, dic. 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito – Interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

WILSON, J.; KELLING, G. Broken Windows: the police and the neighborhood safety. **The Atlantic**, mar. 1982. Disponível em: <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/4465/>. Acesso em: 05 mar. 2019.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores: Wittgenstein).

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: USP, 1994.

ZAFARONNI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a “cientificização” da prova no processo. *In*: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). **Processo, verdade e justiça**: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 141-204.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La Corte Constitucional y la interpretacion de la constitucion. *In*: PINA, Antonio Lopez (ed.). **Division de poderes e interpretacion**: hacia una teoria de la práxis constitucional. Madrid: Tecnos, 1987.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.