

A constitucionalidade do sistema de precedentes

*Argumentação jurídica particularizada
e Súmula nº 73 do TSE*

The constitutionality of the precedent system

Specific legal argumentation and TSE Precedent nº 73

José Herval Sampaio Júnior

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2023), mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2007) e professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

E-mail: hervaljunior@tjrn.jus.br

RESUMO: O sistema de precedentes com natureza normativa e positivada inicia-se com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, culminando com a promulgação do Novo Código de Processo Civil. Debate-se a (in)constitucionalidade do modelo adotado pelo legislador, contrapondo-se à tese defendida por Lenio Streck, afirmando-se que o modelo encontra amparo na Constituição Federal, não violando os princípios da separação dos poderes e da independência do magistrado, a partir de pesquisa bibliográfica e teórica. Como pano de fundo do debate, é apresentada a Súmula TSE nº 73, argumentando-se não se tratar de violação aos sobreditos princípios e, portanto, ilustra a constitucionalidade do modelo de precedentes.

Palavras-chave: Sistema de Precedentes. (In)Constitucionalidade. Separação dos poderes. Independência do juiz.

ABSTRACT: The system of judicial precedents with a normative and codified character took shape with the enactment of Constitutional Amendment nº 45/2004 and was later consolidated with the promulgation of the New Code of Civil Procedure. This study examines the constitutionality of the model adopted by the legislature, countering the position advocated by Lenio Streck. Drawing on bibliographical and theoretical research, it argues that the precedent system is firmly grounded in the Federal Constitution and does not infringe upon the principles of separation of powers or judicial independence. As a backdrop to this discussion, TSE Precedent nº 73 is analyzed, supporting the conclusion that it does not violate these principles and, consequently, exemplifies the constitutionality of the precedent-based model.

KEYWORDS: System of Precedents. (Un)Constitutionality. Separation of powers. Judicial Independence.

1 Introdução

Desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu o sistema de edição de súmulas por parte do Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública, passando pela aprovação e sanção do novo Código de Processo Civil (CPC), acirraram-se as discussões acerca da inconstitucionalidade do sistema de precedentes, dado que violaria, nos argumentos dos que assim defendem, de um lado, a independência dos poderes, de outro, a independência dos magistrados e magistradas no exercício da atividade judicante.

O objetivo é demonstrar o cerne da discussão acerca da (in) constitucionalidade do sistema de precedentes no modelo civil law, apontando elementos que se contrapõem à tese da inconstitucionalidade, além de argumentação acerca da viabilidade constitucional de tal sistema.

A pesquisa utiliza-se do método indutivo, partindo da análise da Súmula TSE nº 73 para sustentar a conclusão geral defendida pelo autor, de que não há inconstitucionalidade no sistema de precedentes. Como método, utilizou-se a pesquisa teórica, com base em bibliografia sólida e pesquisa jurisprudencial.

Com base na discussão disseminada pelo professor Luis Lenio Streck, apresentamos a discussão mantida até o presente momento,

contrapondo tal posição aos argumentos que serão devidamente tratados, culminando com um exemplo típico do judiciário eleitoral, que é a Súmula TSE nº 73, que trata da indicação de elementos que caracterizam a fraude à cota de gênero, assim definindo as consequências que advém da caracterização judicial de tal ilícito no caso concreto.

Conclui-se apresentando o resultado defendido pelo autor em relação à pesquisa realizada, que é a de que não há inconstitucionalidade no sistema de precedentes hoje vigente no direito brasileiro.

2 O sistema de precedentes e a discussão sobre eventual inconstitucionalidade

É imperioso que no estudo de qualquer teoria da argumentação jurídica se tenha como marco teórico crítico a ideia discutir a questão dos precedentes de forma detalhada, antes mesmo de qualquer possível modelo em si, a partir da principal crítica de Lênio Streck à dogmática jurídica e ao modo de se decidir judicialmente em relação ao solipsismo e à manutenção do esquema sujeito-objeto em que o intérprete passa a fazer as suas escolhas sem critérios objetivos.

Entenda-se por solipsismo judicial, no contexto aqui tratado, “a atuação solitária do magistrado”, que “trata como acessória ou eventual a colaboração das partes na construção do provimento jurisdicional” (MADEIRA, 2019). Dentro de um Estado Democrático de Direito, a atuação jurisdicional não pode simplesmente relegar às partes a oportunidade de manifestação, mas sim considerar séria e efetivamente o argumento das partes posto no processo judicial.

No caso dos precedentes, adotaremos algumas de suas críticas, na mesma linha, com ressalvas a partir de nossa experiência judicante, porque entendemos que o sistema trazido pelo novo CPC, mesmo capenga, não pode ser desprezado. Ao contrário, deve ser prestigiado e para nós é visto como arrimo do modelo proposto que apresentaremos em breve à comunidade em livro, como reflexo de nossa tese de doutorado, que mesmo não tendo como objetivo esgotar o assunto, prescreve alguns passos para uma boa tomada de decisão judicial alicerçada no viés cooperativo e efetivamente democrático.

Abordaremos o termo precedente com um ou os dois sentidos apontados por Macedo (2019, p.80), em sua obra *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*:

(i) no sentido próprio, o precedente é o ato decisório observado enquanto possível instrumento de criação normativa, enquanto fonte do direito; (ii) no sentido impróprio, o precedente é o resultado desse ato criativo, são as razões de decidir passíveis de replicação e, em certos casos, é a norma jurídica que se extrai de uma decisão judicial (*ratio decidendi*).

Aqui, afirma-se que o sistema é capenga porque os precedentes, na realidade, pelo menos na forma preconizada no common law, sequer precisam de uma sistematização legal como de certo modo o novo CPC, fértil de razões, tenta fazer.

Porém, a ideia dos precedentes é que a partir de algumas decisões em que possamos realmente aferir a substância de dadas fundamentações, estas possam, a partir do caso concreto, guiar os casos passados e quem sabe, ter uma visão prospectiva, principal escopo do novo CPC a partir da deficiência de nossa Justiça para solucionar em massa os processos repetitivos.

Os precedentes podem servir para fomentar valores que são básicos a qualquer sistema judicial, como a segurança jurídica, igualdade, duração razoável do processo, eficiência do judiciário e coerência da ordem jurídica (MADEIRA, 2019). Marinoni (2010), acrescenta outras razões que indicam a importância de precedentes nos sistemas judiciais, tais como controle de poder do juiz (e de eventual imparcialidade), possibilidade de orientação jurídica (no sentido de possibilitar aos profissionais do direito segurança ao orientarem os leigos quanto ao posicionamento do Judiciário quanto a uma conduta), definição de expectativas, desestímulo à litigância, favorecimento de acordos, maior grau de aceitabilidade pelo jurisdicionado às decisões judiciais, racionalização do duplo grau de jurisdição e economia de despesas.

Destacamos que o mais importante é sempre a forma de decidir a partir da devida argumentação e não necessariamente o sistema de precedentes em si. Nem mesmo tentaremos apontar se o uso do *common law* e a aplicação de precedentes sistematizados são melhores que o *civil law*. Para nós, o problema reside na qualidade em si das decisões judiciais.

E não podemos simplesmente desprezá-los, como no nosso entender Lenio Streck de certo modo tenta convencer quando critica de modo indistinto tanto os precedentes quanto as súmulas vinculantes e institutos congêneres sem fazer a devida distinção em relação à sua

crítica de que o Judiciário passará a criar direito de modo abstrato e generalizante para casos futuros, de modo totalmente distinto do próprio *stare decisis* norte-americano. Antes mesmo da vinda do novo CPC¹ e a partir dele, o autor se coloca radicalmente contra a possibilidade de que, mesmo se racionalizando o sistema, possam as Cortes Superiores decidirem, criando precedentes a serem aplicados pelas instâncias inferiores.

A partir desse raciocínio, deixamos de compactuar com sua teoria, pois entendemos que não é só a questão da segurança jurídica que teremos com o uso racional idealizado pelo legislador, mas também um modo de argumentar objetivo, buscando a própria isonomia de resultado, já que não temos como razoável dois casos rigorosamente iguais, fática e juridicamente, que sejam decididos de forma distintas, em especial na Justiça Eleitoral. Não há como desprezarmos o que o legislador quis resolver com a tentativa de sistematização para melhorar a qualidade das nossas decisões judiciais no país.

O primeiro raciocínio a ser desenvolvido (para não sair da coerência que se exige de um trabalho acadêmico) é respeitarmos o

1 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.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

princípio democrático. Logo, as mudanças operadas pelo novo CPC na matéria não podem ser ignoradas não só pelos relevantes propósitos, mas principalmente porque mesmo que possamos acolher parte das considerações de quem critica a maneira de aplicação dos precedentes, não podemos defender a sua inconstitucionalidade total e principalmente a patente possibilidade de que possamos aproveitar a sistemática pela argumentação particularizada, para que possamos dar a devida acomodação de sua aplicação a casos futuros.

Aqui verificamos uma dualidade existente no modelo de precedentes dentro do Estado Democrático de Direito, já que o próprio Legislativo cria mecanismos que permitem ao Judiciário tornar abstratas determinadas decisões, o que, em tese, restringiria o alcance das normas legislativas aplicadas ao caso concreto.

Seguindo a vertente acima, dizemos que a inconstitucionalidade total surge porque alguns já defendem essa via, mesmo que de forma minoritária. Isso, para nós, é sem plausibilidade, pois o que questionamos é a possível quebra da independência judicial e a separação de poderes. Não obstante, nem uma nem outra restam atingidas com as mudanças operadas no novo CPC para devida otimização e racionalidade das decisões judiciais produzidas pelos tribunais.

Eis que, infelizmente, não há uma cultura em nosso Judiciário de respeito aos seus precedentes e isso, de modo geral, sem a qualquer menção aos regramentos dos arts. 926 e 927 do novo CPC que carrega toda a estruturação ali contida.²

O professor Lenio Streck, ao qual sempre vamos agradecer pela coragem de seus enfrentamentos acadêmicos com os corretos constrangimentos epistemológicos que tem buscado fazer, sempre destacando que a divergência não é pessoal, antes mesmo da sistematização mencionada, já fazia suas críticas às súmulas vinculantes, mostrando sua preocupação de que a partir do Judiciário, não tivéssemos, além do arraigado uso da filosofia da consciência, a criação do Direito em si com caráter abstrato e generalizante via súmulas e agora precedentes.

² Outros artigos do próprio novo CPC dão esteio à sistematização legal dos precedentes: o art. 8º, que fala da aplicação pelo juiz do ordenamento jurídico, o que abrange todos os precedentes, tanto os obrigatórios quanto os persuasivos; o art. 311, II, que trata da tutela de evidência, menciona expressamente a questão dos precedentes; o art. 332, que versa sobre improcedência liminar do pedido, cita a jurisprudência dos tribunais, de forma até mais ampla; o art. 932, ao enumerar os poderes do relator, o que também é novidade, lastreia a ideia de uma tentativa de sistematização dos precedentes; os arts. 976 e 987, que tratam dos próprios incidentes, tanto o de assunção de competência quanto o de resolução de demandas repetitiva, têm relação direta com os precedentes; e os arts. 988 e 993, que dispõem sobre o instituto da reclamação.

Contudo, a nosso sentir, a situação é diferente, pois sempre teremos, com relação aos precedentes, que deve ser diferido das súmulas, em especial as vinculantes do STF, e a relação não os torna iguais por óbvio – a ligação direta com o caso concreto, daí não há o que falar em inconstitucionalidade, e ele próprio já passa a defender que se faça uma interpretação conforme.³

Vamos rebater os argumentos de quem defende a inconstitucionalidade. Primeiro, seguindo a própria linha streckiana, não há o que falarmos em independência de cada magistrado nesse país para decidir conforme sua consciência e possíveis entendimentos pessoais, inclusive contra os precedentes e súmulas vinculantes, já que em nosso ordenamento sempre tivemos a ideia de que os Tribunais Superiores, por expressa determinação legal, exercem uma função de integração do Direito, estabelecendo as diretrizes da Constituição, da Lei Federal e das especialidades da própria justiça, não sendo crível que, mesmo com a definição de tese jurídica por quem de direito, segundo a Carta Magna, haja uma espécie de insurgência para a não aplicação por entendimento pessoal.

Dizemos isso com a certeza de que tanto os precedentes quanto as súmulas vinculantes são interpretáveis no sentido amplo do termo, assim como as próprias leis, pois é cediço que pela linguagem expressa e a devida diferenciação entre texto normativo e norma, quase um consenso contemporaneamente, até mesmo entre os filósofos, hermeneutas e adeptos da argumentação, sempre caberá a interpretação quanto à aplicabilidade desse ou daquele precedente ao caso concreto em julgamento, a análise da semelhança do caso à normativa, não sendo dispensável, do mesmo modo, a inteligência judicial na aplicação ou não do precedente invocado.

³ Streck e vários seguidores sempre se preocuparam e continuaram essa linha de que a partir dos precedentes, os julgadores de um modo geral, possam querer por subsunção sair aplicando as súmulas e os precedentes sem qualquer tipo de interpretação, o que nessa parte nós o seguimos. Contudo, uma coisa é a deturpação em si do sistema e outra totalmente diferente é que ele seja inconstitucional e não possa ser interpretado/aplicado via contraditório e fundamentação especificada com argumentação em concreto, que é justamente o que defendemos para efetiva melhoria da qualidade das decisões judiciais, fato que hoje realmente, independente dos precedentes, não temos como regra geral em nosso país, ao ponto de vermos, até mesmo no STF, decisões não dialogadas e sem enfrentamento interno e externo de todas as teses, o que é lamentável em todos os sentidos, e com o movimento pelos precedentes, infelizmente, já percebemos também a partir do STF, o próprio descumprimento de seus cânones, o que é inadmissível, já que a possível superação parte de pressupostos totalmente distintos do que ocorre em nossa Suprema Corte. Logo, nessa parte não há como não nos preocuparmos e encamparmos as críticas do professor.

Assim, os juízes poderão utilizar das teorias que encampem nessa área e fazer uso das técnicas próprias dos precedentes com a devida interpretação/aplicação.

Portanto, não haverá a automaticidade que Streck se preocupa. Pelo contrário, quando bem compreendido o sistema, teremos racionalidade para o devido manejo e o modelo proposto em nossa tese de doutorado, levando em consideração a necessidade de buscar a segurança jurídica e a igualdade de se ter como antecedente lógico a procura por possíveis precedentes após fazer a análise esmiuçada.

Quanto à violação ao princípio da separação dos poderes, também não há nenhuma plausibilidade. Primeiro, porque a organização legal proposta é para o próprio Judiciário, que tem o dever de decidir todos os casos que lhe são apresentados e deve fazê-lo primando pela maior racionalidade possível. Daí, em regra, os precedentes surgirão a partir de casos concretos sem qualquer tentativa de criar normas gerais e abstratas ao se utilizarem da própria indução, debatendo as teses para construção do resultado que realmente procurará guiar novas atuações restritas à sua estrutura, o que garante a inviolabilidade da função típica de cada Poder.

Dessa forma, não há razão para o receio, pelo menos em abstrato quanto à sistematização trazida pelo novo CPC. O problema reside, como de modo geral para as outras decisões do Poder Judiciário, em relação à forma de construção dos seus atos. Daí a defesa intransigente do princípio democrático e tudo que vem sedimentando, pois realmente não podemos ter precedentes e súmulas vinculantes surgidas do nada, ou seja, sem qualquer relação com a própria atuação da Justiça nos casos concretos que lhe são submetidos no dia a dia.⁴

4 Fredie Didier Júnior, um dos idealizadores desse novo CPC, com muita propriedade em seus livros, textos, palestras e aulas por todo o Brasil vem assim enunciando: “À doutrina cabe a função de apontar “critérios precisos, que permitam processos discursivos transparentes e controles intersubjetivos” das decisões. Em suma: “não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos”. A força persuasiva da doutrina no exercício da função jurisdicional será maior ou menor conforme a tradição jurídica de cada país; mas não é razoável supor que o órgão julgador simplesmente ignore a produção da ciência jurídica. Sem o manancial teórico fornecido pela ciência jurídica, a interpretação justa do Direito torna-se, rigorosamente, impossível. A principal utilidade da ciência jurídica é exatamente possibilitar o uso coerente dos inúmeros conceitos jurídicos. O dever de integridade relaciona-se com a ideia de unidade do Direito. Embora o termo “integridade” esteja muito relacionado a Ronald Dworkin, este ensaio não interpretará o enunciado normativo do art. 926 do CPC brasileiro exclusivamente com base no seu pensamento. As ideias de Dworkin são importantíssimas para a compreensão do assunto, mas não são a única fonte para a concretização do dever de integridade no Direito brasileiro. Essa opção decorre da premissa teórica do professor estadunidense, segundo a qual somente há uma resposta correta para um problema jurídico. Neste ponto, essa prestigiada teoria da interpretação do Direito não é a seguida neste ensaio. A interpretação é, essencialmente, uma atividade de recriação e, também, de escolha de significado, “ainda que lógica e argumentativamente guiada”. A teoria

Portanto, mesmo entendendo o porquê das críticas de Streck nesse tocante e apesar de compreendermos a sua preocupação, a partir do que culturalmente os julgadores ainda praticam em suas decisões, ousamos, nessa parte dos precedentes, pela estruturação trazida pelo novo CPC que delineamos com mais vagar, a partir das lições de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que em nosso sentir, conseguem reproduzir o ideário entre o que se espera do juiz brasileiro, tudo com a experiência advinda do sistema common law, que hoje podemos dizer que se encontra entrelaçado com o civil law, principalmente com a certeza de que, argumentando sempre com as particularidades, os precedentes vão fortalecer a jurisdição contemporânea e não deslegitimá-la em sua essência.⁵

da “única resposta certa” não resolve, por exemplo, o problema da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, textos normativos genuinamente ambíguos. A observância do dever de integridade supõe que o tribunal adote certas posturas ao decidir. Eis algumas delas. a) Decidir em conformidade com o Direito, observada toda a sua complexidade (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes etc.); não se admite, por exemplo, decisão com base em “Direito alternativo”. Nesse aspecto, o dever de integridade impede o voluntarismo judicial e argumentações arbitrárias. “Um caso judicial só se pode resolver pela totalidade do ordenamento jurídico, e não por uma só de suas partes, tal como o peso todo de uma esfera gravita sobre a superfície em que jaz, embora seja só um o ponto em que toma contacto.” b) Decidir em respeito à Constituição Federal, como fundamento normativo de todas as demais normas jurídicas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do postulado da hierarquia, “do qual resultam alguns critérios importantes para a interpretação das normas, tais como o da interpretação conforme a Constituição”. c) Compreender o Direito como um sistema de normas, e não um amontoado de normas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do postulado da unidade do ordenamento jurídico, “a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade”. E, consequentemente, reconhecer a existência de microssistemas normativos para, quando for o caso, decidir conforme as regras desse mesmo microssistema. d) Observar as relações íntimas e necessárias entre o Direito processual e o Direito material. Fredie Didier Júnior Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência in Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 64, abr./jun. 2017.

5 “Imaginou-se, na tradição de civil law, que a lei seria suficiente para garantir a igualdade. A segurança jurídica dependeria da estrita aplicação da lei. Porém, é curioso perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no civil law e no common law, tendo sido utilizada no primeiro, para negar a importância dos tribunais e das suas decisões e, no último, para fundamentar o stare decisis... Isso significa, portanto, que nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei naturalmente aceitou-se que a segurança jurídica e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi esse? Ora, exatamente nos precedentes ou, mais precisamente no stare decisis. A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas supôs-se no civil law que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto que, no common law, por se ter tido a consciência de que os juízes interpretam a lei, por isto, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver. Não há dúvida que o papel do atual juiz da tradição de civil law e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do common law, especialmente a da realizada pelo juiz estadunidense. Já se disse que o civil law passou por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. O juiz da nossa tradição não tem mais a mera função de declarar a vontade da lei, cabendo-lhe conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Tanto é verdade que as jurisdições da Europa Continental não resistiram à necessidade do controle de constitucionalidade da lei, embora tenham reservado esta função a órgãos que, inicialmente, foram concebidos como não jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo... Os teóricos do common law reconhecem, quando olham para o civil law, que nas decisões acerca de matéria constitucional, assim como nas que envolvem a aplicação de cláusulas gerais, em que é frequente a necessidade de dar concretude ao significado de conceitos jurídicos, não há sequer como admitir a distinção entre precedentes interpretativos e precedentes de solução (que criam direito). Alega-se que, nesses casos, a interpretação tem tamanho alcance e é guiada por argumentos tão frágeis e vagos da lei escrita que a decisão poderia ser explicada tanto pela teoria interpretativista quanto pela teoria positivista da criação judicial

3 A Súmula TSE nº 73 e o debate sobre precedentes

Como forma de ilustrar o debate desenvolvido acerca dos precedentes e a alegada inconstitucionalidade do sistema de precedentes, trazemos à discussão a Súmula TSE nº 73, que versa sobre a fraude à cota de gênero e a fixação de elementos que podem levar à consideração do delito. Segue o teor do verbete:

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, inciso XV, do Código Eleitoral, resolve aprovar a proposta de edição do seguinte verbete de súmula:

A fraude à cota de gênero, consistente no desrespeito ao percentual mínimo de 30% (trinta por cento) de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/97, configura-se com a presença de um ou alguns dos seguintes elementos, quando os fatos e as circunstâncias do caso concreto assim permitirem concluir:

- (1) votação zerada ou inexpressiva;
- (2) prestação de contas zerada, padronizada ou ausência de movimentação financeira relevante; e
- (3) ausência de atos efetivos de campanhas, divulgação ou promoção da candidatura de terceiros.

O reconhecimento do ilícito acarretará:

- (a) a cassação do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (Drap) da legenda e dos diplomas dos candidatos a ele vinculados,

do direito – próprias ao common law... Na verdade, não há unanimidade no common law acerca da natureza da jurisdição, se criadora de direitos ou não. Lembre-se que a questão de se os juízes criam direito foi um dos focos principais do célebre debate entre Hebert Hart – que sustenta em parte o papel criativo da jurisdição – e Ronald Dworkin – que o nega. Enquanto aquela afirma, sem titubear, que o juiz cria direito na falta de regra que permita a solução ao caso, esse, ao tratar dos “hard cases” no conhecido Taking Rights Seriously, argumenta que, “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa” e o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”... Pois bem, é exatamente essa aproximação entre os sistemas de civil law e common law que aponta para a necessidade de o sistema de civil law conter a possibilidade de arbítrio judicial e dar segurança jurídica aos seus jurisdicionados. O incremento do poder judicial exige, em nosso sistema, realce à autoridade dos precedentes judiciais das Cortes Supremas – do STF em matéria infraconstitucional federal. Pense-se, apenas a título de exemplo, no poder judicial de suprir a falta de técnica processual e de identificar o meio executivo necessário à tutela do direito. Os precedentes constitucionais, vistos como os precedentes do STF, não podem deixar de ter força obrigatória perante os demais juízes e tribunais, pouco importando o local em que brotem, seja em controle abstrato ou em sede de controle difuso. O mesmo se pode dizer em relação ao STJ, cuja missão constitucional é definir a interpretação da lei federal. É completamente irracional o sistema que possui Cortes Supremas para definir o sentido da lei federal e da Constituição e, ainda assim, convive com decisões discrepantes dos tribunais ordinários. Isto não é apenas irracional, como nega a coerência do direito, a segurança jurídica, a liberdade e igualdade perante as decisões judiciais.” Marinoni, Luiz Guilherme Curso de Processo Civil, volume 1: teoria do processo civil/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – 8. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil 2023, pags. 154, 155, 156 e 157.

independentemente de prova de participação, ciência ou anuência deles;

(b) a inelegibilidade daqueles que praticaram ou anuíram com a conduta, nas hipóteses de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE);

(c) a nulidade dos votos obtidos pelo partido, com a recontagem dos quocientes eleitoral e partidário (art. 222 do Código Eleitoral), inclusive para fins de aplicação do art. 224 do Código Eleitoral. (TSE, 2024)

A súmula foi editada pelo Tribunal Superior Eleitoral no ano de 2024, a partir dos sucessivos julgamentos realizados versando sobre fraude à cota de gênero, cuja prática enseja violação ao sistema de cotas afirmativas para gêneros, conforme previsto no art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/1997.

Criado com o intuito de valorizar a participação feminina na política brasileira, dado que os percentuais de participação são inferiores aos de pessoas do gênero masculino, o dispositivo acima mencionado prevê que pelo menos 30% (trinta por cento) das vagas que cada partido ou federação podem lançar nas candidaturas proporcionais sejam de candidaturas de cada sexo.

Ocorre que, ao longo dos anos, com a obrigatoriedade de participação principalmente de mulheres nas eleições, foram aprimorados os mecanismos de controle por parte da Justiça Eleitoral, quando em situações diversas foram observadas fraudes gritantes, tais como a utilização das chamadas “candidaturas laranja”, em que pessoas eram colocadas no pleito apenas para completar a cota de gênero.

A partir desse contexto, juízes e tribunais eleitorais passaram a analisar casos concretos colocados à apreciação judicial, iniciando uma série de debates acerca da caracterização de tal ilícito, o que culminou com a edição da súmula, após reiteradas decisões.

Passamos a analisar o caso a partir dos dois pressupostos de inconstitucionalidade mencionados e tratados anteriormente.

No que diz respeito a eventual violação à independência dos poderes, dado que se poderia alegar que o TSE afronta a competência legislativa ao tratar do caso e fixar tais bases, entendemos que tal não se configura no presente caso.

Ao contrário, ao indicar que elementos devem ser considerados para a caracterização de eventual ilícito, antes de adentrar na competência legislativa do Congresso Nacional, o TSE dá amplitude ao preceito normativo da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), dado que

potencializará a aplicação da norma e o desejo do legislador de ver a participação dos diferentes gêneros nas eleições.

Por outro lado, ao definir que consequências advirão do reconhecimento do ilícito no caso concreto, como assim definido na parte final da súmula, da mesma forma, tal prescrição amplia a incidência das normas advindas do Poder Legislativo, dado que fixa os dispositivos legais que devem ser aplicados quando da caracterização.

Ou seja, ainda que se tenham fixados critérios objetivos para a caracterização de eventual ilícito, tal fixação não se coloca com a abstração direta de modo a caracterizar uma norma efetiva, não violando, dessa forma, qualquer das competências do legislador federal, mas, ao contrário, ampliando o alcance da legislação.

Não se verifica, pois, tal violação.

Quanto à alegada inconstitucionalidade decorrente de violação à independência dos magistrados, também não há qualquer pertinência.

Ao fixar critérios que devem ser adotados, o TSE apenas indica os caminhos que devem ser seguidos, aponta os elementos que devem ser analisados, não implicando em restrição à atuação do julgador no caso concreto. Tem-se que, a partir dos fatos narrados e das provas colhidas, além da análise das circunstâncias e consequências dos atos praticados, interpretados especificamente em cada caso, cabe ao julgador entender se resta ou não comprovado o ilícito de fraude à cota de gênero.⁶

Vejamos que não há tolhimento da atuação judicial, não havendo, portanto, violação à independência do julgador em cada caso, mas sim, uma fonte de orientação quanto à direção a seguir quando analisar a situação posta.

Não é de todo errado destacar que a edição da Súmula TSE nº 73 culminou de grande debate acerca do tema, que mantinha, até então, grande incerteza jurídica, dado que as interpretações mais diversas em todo o país, em especial às vésperas das eleições municipais do

⁶ Em duas sentenças de nossa lavra enquanto Juiz Eleitoral da 6ª e 46ª Zona, Ceará-Mirim e Taipu, apontamos em concreto, 7 particularidades em uma e 9 em outra, contudo, por um entendimento que não se coadunava com o escopo legislativo e ao mesmo tempo condicionava a uma prova quase impossível, a de que teria que ficar comprovado o conluio prévio entre os dirigentes partidários e os envolvidos na fraude, situação que para nós nunca foi configurada nos primeiros julgados do TSE sobre o tema, o nosso TRE/RN reformou, contudo, logo após veio a referida súmula e uma resolução definindo a questão nos termos das sentenças e agora consolidado.

ano de 2024, indicava a possibilidade de grande quantidade de ações judiciais com vistas a discutir fraudes à cota de gênero.

Destacamos, nesse contexto, as palavras da Ministra Cármen Lúcia, ao proferir seu voto em relação ao processo que culminou com a edição da súmula, conforme trechos que transcrevemos:

[...]

Como lembrei aqui, ainda, na terça-feira, eu recebi a visita de parlamentares, que pediram, exatamente, que se houvesse essa sedimentação, para que os tribunais regionais eleitorais e os juízes eleitorais tivessem uma orientação mais firme e segura, o que daria tranquilidade a partidos, candidatos a candidatos, para que todo mundo pudesse, enfim, se haver e saber como se comportar neste caso específico, de tornar efetiva e eficaz jurídica, política e socialmente o §3º do art. 10 da Lei 9.504/1997, que, mais de uma vez, dissemos, desde o início da consolidação do entendimento que Vossa Excelência expõe e propõe nesta súmula, exatamente o que a gente quer que aconteça e que, cada vez mais, possa se ter a igualdade nesta matéria.

Portanto, eu não apenas acompanho Vossa Excelência na aprovação da súmula, como, mais uma vez, agradeço por toda a luta da minha vida, que tem sido pela igualdade, igualdade geral, muito mais à igualdade de gênero, mas por essa consolidação que facilitará muito a vida de juízes, tribunais, mas, principalmente, da sociedade, dos candidatos a candidatos, das candidatas, para que a gente tenha clareza no

que se vai decidir e quais as necessidades e, principalmente, os efeitos jurídicos, políticos que advêm do cumprimento ou do descumprimento eventual desta norma.

[...]

Como se vê, a manifestação da ministra ilustra de forma clara os dois pontos aqui tratados, a uma, buscar a efetividade jurídica do preceito contido no art. 10, §3º, da Lei nº 9.504/1997, apresentando uma forma orientação de conduta a partidos, candidatas e candidatos sobre como se portar e proceder nesse caso específico.

Ademais, além de trabalhar a garantia da efetividade jurídica da normativa mencionada, acrescenta a ministra a busca pela sua efetividade política e social, já que, pela sua argumentação, o entendimento consolidado e naquele momento sumulado, contribuirá para a efetivação da “igualdade, igualdade geral e igualdade de gênero”, como bem destacado.

Por outro lado, o trecho indica a busca por segurança jurídica, fixando as teses já sedimentadas em precedentes sucessivos, já que

a sedimentação do entendimento por meio da edição da súmula traz em si orientações acerca da análise e interpretação no caso concreto por parte de juízes e tribunais eleitorais, não tolhendo a atuação, mas permitindo critérios objetivos de análise e interpretação ao definir a tese jurídica eleitoral a ser aplicada em se amoldando a cada peculiar caso.

Dessa forma, tendo como ilustração a Súmula TSE nº 73, nos posicionamos no sentido afirmado no tópico anterior, de que a aplicação de precedentes e súmulas não viola o sistema constitucional brasileiro, contrapondo a tese defendida pelo professor Lênio Streck, que sem a análise de cada caso, já se posiciona de forma contrária ao sistema como um todo, o que não pode ser admitido.

4 Conclusão

O respeito acadêmico é a base do debate jurídico-teórico, podendo existir diversas concepções e ideias divergentes acerca de determinado tema do direito, sendo a divergência saudável o caminho mais profícuo para o avanço do conhecimento nas ciências humanas.

No caso aqui tratado, tem-se a divergência entre considerar ou não o sistema atual de precedentes do direito brasileiro como (in) constitucional, à luz da argumentação do Professor Luiz Lênio Streck, sendo certo que nosso posicionamento diverge do autor.

Como defendido, não há violação aos princípios invocados, a saber, independência do magistrado e separação dos poderes, sendo o modelo atual importante no sentido de dar mais segurança jurídica e celeridade processual, dentre outros benefícios citados.

A título de exemplo, apontamos a Súmula TSE nº 73, a qual foi editada com base nos precedentes repetitivos que aquela corte julgou, servindo como pano de fundo para o debate e a defesa da nossa tese, tudo sem desprezar os valores normativos que nunca podem ser olvidados, sob pena de ferimento ao princípio democrático, base maior de nosso Estado Constitucional de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Introdução à edição brasileira por Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2008.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação. Elementos para o discurso jurídico. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, edição especial, ano 3, n. 1. maio 2018. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_1.pdf>. Acesso em 15 dez. 2025.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, ano 1, n. 1, 2009, p. 2-3. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em 15 dez. 2025.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Perelman, Vieweg, Alexy, MacCormick et al. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?**: valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo, Noeses, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 64, abr./jun. 2017.

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 6.ed. Salvador: JusPudium, 2025.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial? **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 22, n. 126, fev.-maio 2020, p. 191-210. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2020v22e126-1916>. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1916/1324/5256>>. Acesso em 2 dez. 2025.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnicas processuais e tutela de direitos**. São Paulo: RT, 2004.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**: o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional**: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: sistematização das liminares. De acordo com o projeto de novo CPC. São Paulo: Atlas, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TALAMINI, Eduardo. **Precedentes, súmulas e enunciados**. 2016. p. 60. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87547/2016_talamini_eduardo_precedentes_vinculantes.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 dez. 2025.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula-TSE nº 73**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-n-73>>. Acesso em 2 dez. 2025.