

Julgar por presunção no direito eleitoral é compatível com novo CPC?

05/11/2015



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Abstract: Há conflito das regras eleitorais com o novo Código de

Processo Civil? O dispositivo da LC 64 que permite julgamentos por presunções e por livre convencimento se choca com a garantia da não-surpresa do CPC? A coluna demonstra que a resposta é afirmativa.

O novo CPC entrará em vigor em março de 2016. E temos eleições pela frente. Uma questão de fundamental importância para a democracia é saber em que medida a legislação eleitoral sofrerá os influxos do CPC. Como sabemos, o CPC estabelece garantias que, embora pudessem ser retiradas de uma interpretação constitucional já de há muito (vide artigos 5º, LIV e LV e 93,X), agora aparecem explicitadas, como a não surpresa (artigo 10) e a necessidade de ampla fundamentação (artigo 489), além do artigo 371 que, como demonstrarei, vai em sentido oposto a um dos pilares da LC 64. Nestas reflexões, vou me ater a apenas um dos aspectos da legislação eleitoral. Poderia tratar de outras, como já o fez Rui Espindola em outra oportunidade ([ler aqui](#)). Também Alexandre de Castro Nogueira, com seu livro *Decisão Judicial na Justiça Eleitoral*, da Editora Juruá (p.204), cuja leitura recomendo. Alexandre faz uma contundente crítica ao artigo 23 da LC 64, lembrando, ainda, que a ADI ficou duas décadas sem julgamento. Também extraio de textos de Leonardo Carneiro da Cunha a tese da prevalência do princípio do contraditório em face de polêmica novo CPC-Legislação Eleitoral ([leia aqui](#)).

Sigo, pois, com a análise do ponto que considero fulcral na antinomia entre a legislação eleitoral e o CPC 2015. Segundo o artigo 23 da LC 64,

“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”.

Sim, sei que o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o referido dispositivo (ADI 1.082). Mas sei, também, que há decisões como a que [relatei aqui](#) que assustam a comunidade jurídica, e que se repetem nos quatro cantos do país.[1]

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 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.

Por isso, a questão que se põe é: como procederemos a partir de março de 2016? O artigo 15 do CPC explicita que *na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*. Ou seja, há uma conjugação de supletividade e subsidiariedade. Não somente o CPC colmata lacunas (entendidas no sentido tradicional), como permite, por óbvio, que o novo texto seja utilizado para dar nova ou outra interpretação a dispositivo do ramo do direito previsto para essa dupla função (supletividade e subsidiariedade). [2]

Dierle Nunes, analisando o artigo 10 do CPC no nosso *Comentários ao Código de Processo Civil* (Editora Saraiva, no prelo, organizado por Lenio Streck, Dierle Nunes, Leonardo Cunha, com a coordenação executiva de Alexandre Freire), acentua, exatamente, *que uma forma de aplicação secundária do CPC para o direito eleitoral é o contraditório substancial do art. 10, que impede a prolação de decisões-surpresa*. Dierle está certíssimo. O artigo 10 é antitético ao artigo 23 da LC 64. O artigo 10 garante um juiz imparcial; ele não permite que o juiz decida, 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 fática ou jurídica sobre a qual deva decidir de ofício. Ora, o artigo 23 permite exatamente o contrário, isto é, *deixa que o juiz integre um dos lados da persecução eleitoral e examine fatos não alegados ou até a tirar conclusões baseadas em presunções sem base legal*.

Penso que, além disso, o artigo 23 colide com a redação do artigo 371 do CPC. Como compatibilizar a permissão de livre apreciação dos fatos públicos e notórios com o artigo 371? Fazendo uma concessão à velha metodologia – já sem uso e despicienda para a hermenêutica – mas para argumentar e auxiliar na retirada de dúvidas, fica nítido que houve uma nítida intenção na retirada da palavra “livre”, aliás, não somente do artigo 371. O projeto veio do Senado com a simples repetição do artigo 131 do CPC/73. Por emenda minha, que contou com a concordância da relatoria (Dep. Paulo Teixeira) e dos componentes da Comissão (Fredie Didier e Luiz Henrique Volpe, presentes na reunião), alterou-se a redação, cuja justificativa se pode ver na coluna [aqui](#) na **ConJur**.

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, 026 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).

Penso que a comunidade jurídica deve discutir esse assunto. Afinal, parece indubitável que essas questões virão à baila. E acabarão no TSE e no STF. Pensemos, portanto, antes nisso. Eis o papel da doutrina.

Post scriptum: Um puxãozinho de orelha por não cumprir o manual de redação.

Na ânsia de defensorar (para usar o verbo criado pelo Eduardo Newton, meu estimado ex-aluno), o jovem defensor Tiago Fensterseifer escreveu um artigo ([leia aqui](#)) arranhando a ética, ao trazer à baila um trabalho profissional meu (*Legal Opinion* – [leia aqui](#)) *sem dar conhecimento aos leitores de seu teor*. Não é condizente com as regras da imprensa escrever sobre algo *sem colocar entre aspas e/ou colocar um link* para que o leitor tome conhecimento e faça seu juízo.

Está em qualquer manual de redação. Além disso, o articulista misturou os assuntos, tratando de um trabalho profissional meu. A **ConJur** salvou a lavoura, fazendo uma matéria em que publica o objeto da crítica do defensor, coisa que o próprio deveria ter feito. Ao defensor bastava tirar cópia junto ao STF ou ligar para mim. Com prazer, forneceria o material. Não é de boa cepa agir assim. Ou seja, na linha do “Fator Target” — primeiro o crítico atira a flecha e depois desenha o alvo — neste caso, na pressa, atirou a flecha e se esqueceu de desenhar o alvo. Só para avisar o articulista-defensor: tenho o direito de trabalhar como advogado. Nem sempre estou escrevendo colunas para a **ConJur**. Não misturemos os assuntos.

[1] O processo versava sobre irregularidades do candidato e então prefeito de um município da Bahia, que acabou não se elegendo por uma diferença de 96 votos. Autos no 396-31.2012.6.05.0091 e no 394-61.2012.6.05.0091. Sentença de 2014. Eis parte da decisão: “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, durante todo o período eleitoral, demonstrado com a propositura de várias ações cautelares*”.

[2] Nesse sentido, os trabalhos de Suzy Koury (As repercussões do novo Código de Processo Civil no Direito do Trabalho: avanço ou retrocesso. *Revista TST*, v. 78, n. 3, p. 257, jul./set. 2012) e Carlos Henrique Bezerra Leite (*Curso de direito processual do trabalho*. 9. ed., São Paulo: LTr, 2011. p. 100), os quais, embora escritos para o direito do trabalho, servem para compreender a problemática do direito eleitoral.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-nov-05/senso-incomum-julgar-presuncao-direito-eleitoral-compativel-cpc/>