



Novo CPC permite releitura sobre artigo da Lei de Inelegibilidade

04/09/2016

São recorrentes as críticas à atuação da Justiça Eleitoral, notadamente em sua função jurisdicional. Poder regulamentar excessivo, ativismo judicial, limites indevidamente impostos ao direito de candidatura e às próprias campanhas, bem como a ausência de legitimidade para interferir na soberania popular manifestada nas urnas são as mais frequentes.

Quem não estiver disposto a ouvi-las e analisá-las com o devido cuidado terá muita dificuldade em aprofundar tais questionamentos, que têm por pano de fundo algo maior: a democracia e o respeito ao devido processo legal.

Uma boa parte das críticas procede (e uma delas é objeto deste artigo). Contudo, há um discurso que, a meu ver, não está devidamente colocado: o que a Justiça Eleitoral não estaria legitimada para anular os votos conferidos a determinado candidato nas urnas, ante o preceito da soberania popular.

Embora não seja o tema deste apontamento, tal discussão será importante para a conclusão final. No ponto (e sendo bastante breve), é de se registrar que foi o constituinte, eleito diretamente pelo povo, o primeiro a imprimir em nossa Constituição o preceito da lisura das eleições, que veda expressamente a “influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, a fim de se preservar a “normalidade e a legitimidade das eleições” (art. 14, § 9º).

Referido dispositivo está inserido no Capítulo IV, que trata dos Direitos Políticos, de modo que, se alguma possibilidade de restrição a tais direitos existe, ela só pode ocorrer por força de autorização constitucional e mediante a apuração dos fatos em devido processo legal.

Não é preciso muito esforço, portanto, para compreender que o resultado das urnas deve refletir a vontade livre e consciente do eleitor. Ademais, em uma democracia – que deve ser vigorosa, a nenhum candidato é conferido o “direito” de se valer de expedientes ilegais para conquistar seu mandato. O povo, por outro lado, ainda que por maioria, não pode tudo (Luigi Ferrajoli). Não pode, por exemplo, mesmo que por larga margem, tornar elegível o inelegível ou validar o mandato conquistado mediante fraude^[1].

A defesa da legitimidade da Justiça Eleitoral não afasta, de modo algum, a necessidade de que sejam observadas as garantias processuais à disposição de todos os litigantes, mormente dos candidatos.

Feita essa anotação inicial, lembro que por ocasião do último Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral, realizado em Curitiba no mês de abril de 2016, Lenio Streck fez uma provocação à comunidade jurídica, ao mencionar que nenhuma crítica encontrara na doutrina a respeito da redação do artigo 23 da Lei Complementar 64/90^[2], que permite ao juiz formar 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 (...)”.

Em suma, sua visão é a de que o texto viola o devido processo legal ao permitir a produção de prova por parte do magistrado, tornando-se, assim, assistente do autor da demanda. Também fez críticas ao julgamento por presunção e invocou alguns dos novos dispositivos do Código de Processo Civil para fundamentar suas conclusões, dentre eles: artigo 10 (que veda a chamada “decisão surpresa”), artigo 489 (que trata dos casos em que não se pode considerar fundamentada uma sentença) e artigo 493, parágrafo único (necessidade de estabelecer o contraditório em caso de constatação, de ofício, de fato novo).

De fato, já havia alguma crítica na doutrina a respeito. Cito, em especial, o artigo de Salgado, Valiati e Bernardelli, no qual é feita minuciosa análise e instigante crítica ao artigo 23 da Lei Complementar 64/90.^[3] Em suma, eis alguns argumentos defendidos pelos articulistas em relação ao fim do “livre convencimento”:

1º) O projeto atual do novo CPC previa o “livre convencimento”, mas foi excluído por emenda supressiva proposta a pedido de Lenio Streck; todas as referências ao termo “livre” foram retiradas do texto final;

2º) Com apoio em Willian Santos Ferreira, esclarecem que o termo “livre” significava um sistema desvinculado de “provas tarifadas” (com valor prefixado); não era sinônimo, portanto, de que o magistrado poderia decidir como quisesse;

3º) Conforme a teoria da carga dinâmica da prova, a obrigação de comprovar o fato é da parte que melhor detenha condição de fazê-lo, desde que o juiz fundamente tal necessidade;

4º) O fim do livre convencimento está estritamente relacionado com o dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 489, CPC);

5º) O “Estado Democrático de Direito” não permite que o poder estatal baseie suas decisões em elementos não conhecidos pelas partes da relação processual em caso algum. Menos ainda quando está em jogo a soberania popular”.^[4]

Mesmo já havendo alguma crítica, como visto, a advertência de Streck é de todo pertinente, pois o tema é (ainda) pouco abordado na doutrina do Direito Eleitoral e merece ser mais aprofundado, notadamente em razão da nova disciplina do Código de Processo Civil a respeito do convencimento do juiz, do dever de fundamentação e da vedação da chamada “decisão surpresa”.

Dispõe o preceito legal em discussão (art. 23), agora com os necessários destaques, que: “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.”

Não há dúvida de que o novo Código de Processo Civil tenha aplicação às lides eleitorais, inclusive por expressa disposição do seu artigo 15 (aplicação supletiva e subsidiária).

O fato de o artigo 23 estar previsto em lei complementar (LC 64/90) em nada altera a conclusão de que os preceitos do CPC (lei ordinária) possam ser aplicados àquela, porquanto a Constituição da República delegou à legislação complementar apenas a previsão de outros casos de inelegibilidade. É dizer: não havia razão para a LC 64/90 tratar de procedimento, matéria afeta à legislação ordinária.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre a (in)constitucionalidade de referido dispositivo legal (art. 23), conforme bem lembrado por Salgado, Valiati e Bernardelli.^[5]

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.082 foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em 1994, apontando violação à segurança jurídica, ao devido processo legal, à paridade de armas, à igualdade substancial e ao contraditório. A liminar foi indeferida pelo então ministro Néri da Silveira, sob os fundamentos do interesse público, da ordem pública, do controle do Judiciário e com apoio no artigo 131 do CPC anterior, vigente ao tempo da decisão.

No mérito, julgado em 2014, agora sob relatoria do ministro Marco Aurélio, o argumento que prevaleceu foi o de que as regras do Código de Processo Civil (também vigente no ano do julgamento) permitiam a produção de prova pelo magistrado, pois a finalidade era possibilitar a elucidação dos fatos imprescindíveis para a formação da convicção necessária ao julgamento. Mas, em seu voto, o próprio ministro fez as seguintes ressalvas:

É claro que se recomendam temperamentos na aplicação da regra. A atenuação do princípio dispositivo no direito processual moderno não serve a tornar o magistrado o protagonista da instrução processual. 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. As partes continuam a ter a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo, mesmo porque não se extinguem as normas atinentes à isonomia e ao ônus da prova.^[6]

Apenas o ministro Luiz Fux, que havia liderado a comissão de juristas encarregada de elaborar a redação do novo CPC, foi quem teceu comentários mais específicos sobre a questão, conforme trecho constante das discussões transcritas no acórdão:

se são fatos que não foram alegados, e o juiz leve em consideração e ninguém falou nada sobre esses fatos e nem provou nada, a afronta ao princípio do devido processo legal e ao contraditório é claríssima. Mas aqui não; aqui são interesses indisponíveis que permitem ao juiz conhecê-los de ofício, o que significa dizer: independentemente de provocação da parte.

Algumas considerações sobre referida decisão de improcedência, a meu ver e com a devida *venia*, são necessárias:

1ª) O processo é um conjunto de garantias, dentre elas a de que um terceiro imparcial e equidistante das partes será o encarregado de julgá-lo;

2ª) Se os fatos são públicos e notórios, por que razão a parte interessada não os trouxe aos autos? Por que motivo o juiz deveria fazê-lo? Deverá ele suprir a inércia de quem tinha o ônus de agir? Poderá invocar indícios ou presunções em matéria tão relevante?

3ª) A mera observância ao dever de fundamentar a decisão não viola a dimensão substancial do contraditório, caso às partes não tenha sido dado o direito de manifestação prévia sobre determinado fato ou circunstância levado em consideração pelo magistrado?

4ª) A decisão proferida em 2014, sob a vigência do CPC/1973, não está em consonância com o novo CPC, que excluiu do seu texto o termo “livre” (quando se refere ao convencimento);[7]

5ª) A parte final do *caput* do artigo 23 da LC 64/90 diz que a finalidade da produção da prova deve ser a preservação do interesse público de lisura eleitoral, mas a decisão em tela fala também que o objetivo é auxiliar o juiz na elucidação dos fatos. Ora, mas se cabe às partes o ônus de provar o alegado, o caminho natural para uma demanda cuja comprovação não ocorreu é a improcedência, não cabendo ao juiz, a meu ver, suprir referida deficiência probatória, como dito.

Referidas considerações, notadamente sobre o contraditório, encontram apoio na doutrina processualista, merecendo destaque:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão.[8]

Ainda:

Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício.[9]

Como conclusões do presente (e breve) artigo, fruto da exposição realizada no Congresso Catarinense de Direito Eleitoral (2016), apresento as seguintes:

1ª) A decisão do STF na ADI 1.082 foi proferida em outro contexto (CPC/1973), pelo que merece ser revisitada;

2ª) Não cabe ao juiz eleitoral a produção de prova, tarefa que compete às partes. Se assim entender possível, que seja estabelecido, no mínimo, o contraditório;

3ª) A lisura das eleições, no plano contencioso, é incumbência recíproca das partes envolvidas e do Ministério Público Eleitoral, cabendo à Justiça Eleitoral a decisão a respeito do que foi

demonstrado por referidos atores;

4ª) A Justiça Eleitoral detém, sim, legitimidade constitucional para aplicar as sanções previstas em lei, desde que a decisão esteja de acordo com a própria Constituição e sejam observadas as regras democráticas do jogo, inclusive do novo Código de Processo Civil, notadamente do devido processo legal (em especial o contraditório substancial), da ampla defesa e da distribuição do ônus da prova entre as partes, devendo o juiz evitar conhecer de fatos ou circunstâncias não alegados pelas partes ou apoiar sua decisão em indícios e presunções.

** Com algumas modificações, o artigo reproduz participação no Congresso Catarinense de Direito Eleitoral, promovido em Florianópolis, nos dias 7 e 8 de julho de 2016.*

[1]O tema foi abordado na obra do autor do presente artigo: FARIA, Fernando de Castro. **A perda de mandato eletivo: decisão judicial e soberania popular**. Editora Conceito: Florianópolis, 2012.

[2]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.

[3]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.

[4]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. 357.

[5]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. 356.

[6]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.082. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em <



<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em 05.07.2016.

[7] A propósito, vale lembrar que a ADI aponta violações à Constituição, mas no caso em exame o fundamento para o indeferimento foi justamente o CPC então vigente, de 1973.

[8] DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11 ed, revista, ampliada e atualizada. Volume 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

[9] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. 2 ed, revista, atualizada e ampliada. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-set-04/cpc-permite-releitura-artigo-lei-inelegibilidade/>