



Tribunal Superior Eleitoral

Estudos Eleitorais



Volume 7
Número 2
maio/ago. 2012

A COGNIÇÃO E O EXAME DA PROVA EM SEDE DE RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TSE

Luciano Tadau Yamaguti Sato¹

Resumo

O trabalho se propõe a analisar a cognição e o exame de prova no âmbito do recurso contra expedição do diploma (RCED) a partir de uma análise histórica da jurisprudência consolidada pelo Tribunal Superior Eleitoral desde 1988, demonstrando que as mudanças de entendimento objetivaram conferir maior utilidade ao RCED enquanto instrumento processual.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Recurso contra expedição do diploma. Prova pré-constituída. Cognição e exame de prova.

Abstract

Analyses the cognition and examination of evidence of "Appeal Against Degree Expedition" (RCED) from a historical analysis of the established case law by the Supreme Electoral Tribunal since 1988 showing that the changes were to give the most useful RCED as a procedural tool.

Keywords: Electoral Law. Recurso contra expedição do diploma. Proof. Cognition and examination.

I Introdução

Dentre os instrumentos processuais dispostos pelo Direito Eleitoral, sem dúvida alguma, o que provocou e ainda tem provocado maior discussão quanto aos seus contornos processuais é o recurso contra a expedição do diploma (RCED).

¹ Bacharel em Direito pela UFPR, especialista em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral pela Unicuritiba, membro da Comissão de Direito Eleitoral da Seccional do Paraná, advogado atuante em Direito Eleitoral.

Tanto doutrina quanto jurisprudência, debruçou-se sobre a definição da natureza do RCED (se jurisdicional ou administrativa)², a necessidade de instrução do RCED com provas produzidas em ação de investigação judicial (AIJE), a ocorrência ou não do fenômeno jurídico da litispendência entre o RCED, a AIJE e a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), dentre outras questões, por exemplo.

Em que pese existirem questões interessantes e cientificamente relevantes envolvendo o RCED, o objetivo do presente trabalho é traçar uma análise, a partir da evolução da jurisprudência do TSE, da liberdade de cognição do magistrado e do exame da prova em âmbito do RCED, tendo como reflexo a incidência da autoridade de coisa julgada à decisão proferida nesse instrumento processual.

2 Análise histórica da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral

A partir da égide da Constituição Federal de 1988, encontramos um primeiro posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral quanto à produção de provas no âmbito do recurso contra expedição do diploma. Tal posicionamento rechaçava a possibilidade de produção de prova em sede de RCED, na medida em que os §§ 1º e 2º do art. 222³ do Código

² Quanto a esse ponto, José Jairo Gomes (2011, p. 575) afirma que “Apesar de ter sido concebido como um recurso administrativo no Código Eleitoral, a hodierna doutrina eleitoralista nega-lhe natureza recursal, sustentando cuidar-se antes de ação”. E de fato, em âmbito doutrinário, prepondera (se não for unânime) o entendimento pela natureza de “ação” do RCED. Nesse sentido: COSTA, 2008; DECOMAIN e PRADE, 2004; PINTO, 2008; CERQUEIRA, T. e CERQUEIRA, C., 2008; RAMAYANA, 2008; CASTRO, 2008 e SANTANA, 2012.

³ “Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedados por lei.

§ 1º A prova far-se-á em processo apartado, que o Tribunal Superior regulará, observados os seguintes princípios:

I – é parte legítima para promovê-lo o Ministério Público ou o representante de partido que possa ser prejudicado;

II – a denúncia, instruída com justificação ou documentação idônea, será oferecida ao Tribunal ou juízo competente para diplomação, e poderá ser rejeitada *in limine* se manifestamente infundada;

III – feita a citação do partido acusado na pessoa do seu representante ou delegado, terá este 48 (quarenta e oito) horas para contestar a arguição, seguindo-se uma instrução sumária por 5 (cinco) dias, e as legações, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, com as quais se encerrará provisoriamente o processo incidente;

IV – antes da diplomação o Tribunal ou junta competente proferirá decisão sobre os processos, determinando as retificações consequentes às nulidades que pronunciar.

Eleitoral foram revogados pela Lei nº 4.961/1966. Os referidos parágrafos disciplinavam a instrução probatória junto ao TSE, especialmente no que diz respeito à legitimidade de requerer a prova, bem como no tocante aos prazos processuais.

Dentre os precedentes que compõem esse primeiro posicionamento do TSE, no tocante à instrução probatória no âmbito do RCED, é oportuno destacar trecho do voto proferido pelo Ministro Eduardo Alckmin, o qual afirma, categoricamente, a existência de precedentes de longa data naquela Corte Superior no sentido de ser impossível a produção de prova em sede de RCED:

[...] esta eg. Corte, em reiterados julgados, firmou o entendimento de que no recurso contra a expedição de diploma não é possível a produção de provas, devendo apenas ser considerados fatos anteriormente provados.

Esta Corte há muito vem se ocupando da questão. Anoto que em decisão de 1967, Acórdão nº 4.250, relator o eminente Ministro Henrique Andrada, já se rejeitava a possibilidade de que a prova fosse produzida nos próprios autos do recurso contra a diplomação.

Posteriormente, ao julgar o Recurso contra a Diplomação nº 357 – Acórdão nº 7.309, de 17.3.1983, da relatoria do ilustre Ministro José Guilherme Villela – a Corte mais uma vez reafirmou sua posição, ao sustentar ser o recurso contra a diplomação “momento derradeiro de todo o procedimento eleitoral, que, por isso mesmo, deve considerar somente os fatos anteriormente provados”.

Os julgados nesse sentido são muitos, valendo citar, entre outros, os Acórdãos nºs 8.690, de 24.3.1987, 11.061, de 13.3.1990, 11.946, de 1º.12.1994, 518, de 22.6.1995 e 490, 2.6.1998.

(BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI nº 1.500/MG.)

E mais: no referido precedente, ficou assentado que não só não se admitia a instrução probatória nos autos de RCED, como também que a prova pré-constituída apta a configurar o abuso (enquanto uma das

§ 2º “A sentença anulatória de votação poderá, conforme a intensidade do dolo, ou grau de culpa, denegar o diploma ao candidato responsável, independentemente dos resultados escoimados das nulidades” [sic].

causas de pedir do RCED) deveria advir de outro feito que já tivesse sido, inclusive, julgado:

No caso dos autos, a Corte Regional se baseou somente em exemplares do jornal, tendo concluído haver conteúdo político nos textos publicados, que, por tal circunstância, teriam funcionado como propaganda eleitoral do recorrente.

Verifica-se, assim, que a Corte *a quo* não se fundamentou em decisão proferida em outro feito, que emitindo juízo de valor sobre as provas, tenha verificado a existência do abuso.

Assim, não se podendo dizer que tenha havido prova pré-constituída, a decisão recorrida merece ser reformada.

Naquele momento, o TSE entendia que a prova pré-constituída a embasar o RCED seria não só aquela já produzida em sede de ação de investigação judicial eleitoral, mas também que, necessariamente, a investigação já tivesse transitado em julgado.⁴ Nota-se que não bastava o julgamento de mérito por qualquer instância jurisdicional (ex.: sentença de mérito sobre a qual pendesse julgamento de recurso), era necessário, ainda, que tal decisão tivesse transitado em julgado.

Dos precedentes mencionados que ilustram o primeiro posicionamento adotado pelo TSE, podemos retirar duas conclusões em relação à conduta das partes e à postura do magistrado em se tratando de recurso contra expedição do diploma: a) não havia qualquer possibilidade de as partes requererem – e muito menos produzirem – provas em sede de recurso contra expedição do diploma; e b) além de inexistir instrução probatória, somava-se a exigência do trânsito em julgado da ação de

⁴ Nesse sentido, transcrevemos a ementa de alguns precedentes: “RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PRESSUPOSTO. REPRESENTAÇÃO POR ABUSO DE PODER ECONÔMICO. TRÂNSITO EM JULGADO. 1. Para a configuração da prova pré-constituída, a ensejar recurso contra expedição de diploma, não bastam provas sobre a suposta prática de abuso do poder econômico. É imprescindível a decisão judicial transitada em julgado, em que tenha sido reconhecido o ato abusivo. 2. Recurso especial provido.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 15895/PE); “RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA CONTRA PREFEITO E VICE-PREFEITO – EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL JULGADA PROCEDENTE POR ABUSO DO PODER POLÍTICO. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO – NAO CONFIGURAÇÃO DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. Não se pode considerar como prova pré-constituída a decisão em investigação judicial não transitada em julgado no momento do ajuizamento do recurso contra a expedição do diploma. Precedente do TSE. Agravo não provido.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI nº 1280/RJ); dentre outros que poderiam ser citados (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RCED nº 572/SC e RCED nº 490/AM).

investigação judicial eleitoral, inferindo-se que o magistrado, quando da análise das provas pré-constituídas apresentadas pelas partes, não poderia emitir juízo de valor sobre elas, assumindo, dessa maneira, uma postura atipicamente passiva na instrução processual do RCED.

Depreende-se que os limites (contornos jurídicos) conferidos inicialmente pelo TSE ao RCED restringiam, ou melhor, praticamente excluía a possibilidade de o julgador proferir qualquer juízo apreciativo e ponderativo sobre a demanda encartada no RCED. Ao subordinar o juízo apreciativo e decisório que o magistrado poderia proferir, no julgamento do RCED, à decisão já proferida em ação de investigação judicial eleitoral, a função desempenhada pelo magistrado tinha mais conotação de uma atividade meramente burocrática (administrativa) do que efetivamente jurisdicional.

Por questões de ordem prática, estava claro que a exigência do trânsito em julgado da ação de investigação judicial eleitoral em tempo hábil para ensejar a propositura do RCED era pouco provável – o que tornava esse instrumento de impugnação do ato de diplomação de pouca (ou nenhuma) utilidade –, provocando, assim, a reformulação do primeiro entendimento pacificado pelo TSE.

Um segundo posicionamento aos poucos foi sendo sedimentado na jurisprudência do TSE no sentido da desnecessidade do trânsito em julgado da ação de investigação judicial eleitoral como elemento qualificador da prova pré-constituída, sobrepondo-se, desse modo, ao entendimento anteriormente adotado no âmbito daquele Tribunal.⁵

⁵ Nesse sentido, transcrevemos a ementa de alguns precedentes: “Recurso especial eleitoral. Recurso contra expedição de diploma. A hipótese do art. 262, IV, do Código Eleitoral, pressupõe prova pré-constituída em investigação judicial eleitoral (LC nº 64/1990, art. 22), independentemente de decisão transitada em julgado. Recurso conhecido pelo dissenso, mas improvido.” [sic] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 19.518/GO); “RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO 2000. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ART. 262, IV, DO CÓDIGO ELEITORAL. DESNECESSIDADE DE DECISÃO JUDICIAL, EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL, PARA SE COLHER A PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. APELO PROVIDO. – No recurso contra expedição de diploma fundado no art. 262, IV, CE, é prescindível que a prova pré-constituída seja colhida em ação de investigação com decisão judicial.” [sic] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 21.181/MG); “DIREITOS ELEITORAL E PROCESSUAL. AGRAVO PROVIDO. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA FUNDADO NO ART. 262, IV, DO CÓDIGO ELEITORAL. PROVA COLHIDA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CABIMENTO. PRECEDENTES DO TSE. RECURSO PROVIDO PARA QUE O TRE APRECIE A MATÉRIA. No recurso contra expedição de diploma é imprescindível a prova pré-constituída. Entretanto, segundo a

A partir desse segundo posicionamento do TSE, passou-se a admitir que, nos casos de não ter ocorrido o trânsito em julgado do processo originário do qual adveio a prova pré-constituída, seria possível a análise valorativa daquela prova apresentada agora em RCED e proferido juízo de julgamento sobre ela no próprio recurso. Nesse aspecto esclarecedor, a ementa do AI 3.095/PI (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral) de relatoria do Ministro Fernando Neves da Silva:

Recurso contra a diplomação – Abuso de poder – Prova pré-constituída – Ajuizamento anterior à decisão proferida na investigação judicial – Ausência de trânsito em julgado – Possibilidade.

Decisão regional que reconheceu o abuso – Conclusão que não pode ser infirmada sem reexame do quadro fático.

1. O recurso contra a expedição de diploma pode ser fundado em decisão transitada em julgado que tenha julgado procedente investigação judicial, declarando a existência de abuso de poder ou uso indevido dos meios de comunicação social. Nesse caso, a decisão traz juízo de valor definitivo emitido pela Justiça Eleitoral, devendo ser aceito sem que haja necessidade de se proceder a exame das provas contidas na representação.

2. O recurso contra a diplomação pode, também, vir instruído com prova pré-constituída, entendendo-se que essa é a já formada em outros autos, sem que haja obrigatoriedade de ter havido sobre ela pronunciamento judicial, ou seja, a prova não tem que ter sido previamente julgada. Ante a falta de juízo definitivo por parte da Justiça Eleitoral sobre as provas, essas podem ser analisadas nos autos do recurso contra a diplomação. Precedente: Acórdão nº 19.506.

Em outras palavras, premido pela necessidade de conferir alguma eficácia ao RCED, o TSE reviu seu posicionamento quanto à exigência do trânsito em julgado da AIJE como requisito necessário àquilo que se entendia por prova pré-constituída, posto que, por razões práticas, era

nova posição desta Corte, a prova pode ser colhida em ação de investigação judicial sem trânsito em julgado.” independentemente de decisão transitada em julgado. Recurso conhecido pelo dissenso, mas improvido.” [sic] (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AI nº 3.247/MG).

muito difícil a decisão proferida nos autos de investigação transitar em julgado em tempo hábil para a propositura do RCED.

Nessa linha evolutiva guiada pela necessidade de conferir maior eficácia e instrumentalidade ao RCED, um terceiro posicionamento veio a se firmar no TSE, sobrepondo-se aos anteriores para prescindir não só do julgamento da ação de investigação judicial eleitoral, mas também para permitir que em sede de RCED se possibilitasse às partes a produção de provas, desde que requeridas pelo recorrente na petição inicial ou pelo recorrido na primeira oportunidade de defesa.⁶

O posicionamento que resta pacificado até hoje toma como base o art. 270⁷ do Código Eleitoral, com a redação dada pela Lei n° 4.961/1965 – a mesma que respaldou o primeiro posicionamento pela impossibilidade de produção de provas em autos apartados em sede de RCED⁸ – para facultar tanto ao recorrente (autor), em sua petição inicial, quanto ao

⁶ Nesse sentido, transcrevemos a ementa de alguns julgados: “Recurso contra a diplomação – Prefeito candidato à reeleição – Abuso do poder – Distribuição de dinheiro a eleitores, na véspera da eleição, pessoalmente pelo prefeito, na sede da prefeitura – Apreensão da quantia remanescente pelo juiz eleitoral. Documentos – Juntada com a inicial – Provas não contestadas – Fatos incontroversos. Prova – Produção – Possibilidade – Arts. 222 e 270 do Código Eleitoral – Redação – Alteração – Lei n° 4.961/1966. 1. Possibilidade de se apurar fatos no recurso contra a diplomação, desde que o recorrente apresente prova suficiente ou indique as que pretende ver produzidas, nos termos do art. 270 do Código Eleitoral. 2. A Lei n° 4.961/1966 alterou os arts. 222 e 270 do Código Eleitoral, extinguindo a produção da prova e apuração de fatos em autos apartados, passando a permitir que isso se faça nos próprios autos do recurso.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe n° 19.592/PI); “RECURSO ESPECIAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PROVA JUDICIALIZADA. DESNECESSIDADE. PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIDO. No recurso contra a diplomação, basta ao recorrente apresentar prova suficiente ou indicar, no momento da interposição do recurso, as que pretende ver produzidas, nos termos do art. 270 do Código Eleitoral. Não se exige a produção da prova e a apuração dos fatos em autos apartados. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe n° 25.301/PR).

⁷ “Art. 270. Se o recurso versar sobre coação, fraude, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei dependente de prova indicada pelas partes ao interpô-lo ou ao impugná-lo, o relator no Tribunal Regional deferi-la-á em vinte e quatro horas da conclusão, realizado-se ela no prazo improrrogável de cinco dias.” [sic].

⁸ “RECURSO DE DIPLOMACAO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PROCLAMAÇÃO DOS ELEITOS. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PROPAGANDA PROIBIDA. ELEIÇÕES ESTADUAIS NO AMAZONAS. O recurso contra a diplomação deve basear-se em prova pré-constituída, já que, desde a revogação dos parágrafos 1 e 2 do art. 222 do CE de 1965 pela Lei n° 4.961/1966, não mais se admite, no curso desse procedimento eleitoral, a produção de qualquer prova complementar perante o TSE...” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RCED n° 357/AM).

recorrido (réu), na primeira oportunidade de defesa que tiver, indicarem as provas a serem produzidas, abrindo assim instrução probatória nos próprios autos, alterando-se substancialmente tanto a conduta processual das partes quanto a postura do magistrado em relação à condução do processo.

3 Recurso contra expedição do diploma: ação de cognição limitada (plano horizontal) e exauriente (plano vertical)

Ao lado da reformulação dos limites e das possibilidades do recurso contra expedição do diploma pela jurisprudência do TSE, conferindo inegavelmente maior utilidade prática ao recurso, no plano científico (sobretudo no aspecto processual), tal reformulação denota uma evolução no sentido de permitir ao magistrado maior liberdade de análise e valoração das provas.

A própria atividade do magistrado na análise do RCED, que outrora estava subjugada à decisão transitada em julgado proferida noutro processo – dado à exigência daquilo que se entendia até então por prova constituída –, na linha evolutiva da jurisprudência do TSE, passou a efetivamente desempenhar o papel jurisdicional de, além de conduzir a instrução processual, apreciar as provas apresentadas e produzidas pelas partes e, sobretudo, proferir decisão fundada em seu próprio juízo de convicção. Sob outro enfoque, a figura do magistrado no RCED deixou de ter característica burocrática enquanto mero administrador responsável pela condução do processo, para passar a desempenhar atividade tipicamente jurisdicional.

Não obstante atualmente se permitir que o magistrado aprecie livremente as provas produzidas em sede de RCED, é necessário tecer alguns apontamentos no sentido de balizar cientificamente o referido instrumento processual.

A primeira consideração que se faz ao RCED é que não comporta toda causa de pedir, ou seja, não é a alegação de qualquer fato tido como ilícito eleitoral que enseja a sua propositura. Não se deve confundir a liberdade do magistrado em apreciar as provas produzidas com a liberdade de a parte autora deduzir todo fato como causa de pedir.

Nesse ponto, é impossível não trazermos a célebre classificação proposta por Watanabe (2000, p. 111-113), o qual, ao tratar da cognição empreendida pelo julgador de acordo com os limites objetivos da demanda, classificou-a em dois planos distintos: horizontal, referindo-se à amplitude (extensão) da matéria passível de ser discutida em uma determinada demanda; e vertical, para referir-se à profundidade ou ao grau de convencimento (certeza) que o juiz deve ter para proferir uma determinada decisão.

No plano horizontal, a cognição do julgador pode ser ampla ou limitada de acordo com os contornos objetivos da demanda. Estar-se-á diante de uma ação de cognição ampla quando ela permitir às partes arguirem toda matéria de fato ou de direito que entenderem pertinentes à defesa de seus interesses. Por outro lado, quando há limitação da matéria de fato ou de direito argüível pelas partes em dada demanda (seja tal restrição imposta por lei processual, seja por lei material), denomina-se tal instrumento processual como de cognição limitada, posto que o juiz não pode analisar situações de fato ou de direito senão aquelas taxativamente previstas em lei.

Já no plano vertical, analisa-se o grau de convencimento e certeza necessários para o magistrado proferir sua decisão. Quando o julgador não necessita decidir de maneira definitiva ou não está em condições de proferir um juízo de certeza, mas, sim, de possibilidade, verossimilhança ou probabilidade, diz-se que a cognição é sumária (WATANABE, 2000, p. 127). É o caso, por exemplo, das limares (cautelares ou antecipatórias) que, justamente pela razão de não terem sido proferidas num juízo de certeza, podem ser revistas a pedido das partes ou revogadas pelo próprio magistrado ou, ainda, rediscutidas noutro processo. Entretanto, nas situações em que o julgador pôde conhecer com profundidade a demanda, estando desse modo apto a proferir decisão com base num juízo de certeza (ou do que é verdadeiro), denomina-se tal demanda como sendo de cognição exauriente.

Nesse ponto, faz-se necessário abrir parênteses: diferentemente da cognição no plano horizontal, que delimita objetivamente a matéria argüível pelas partes e conhecível pelo magistrado de acordo com cada instrumento processual, a cognição no plano vertical trata da ideia de verdade e, portanto, envolve aspectos subjetivos inerentes ao próprio conhecimento humano.

Como lecionam os professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2005, p. 62-63), a ideia de que a relação de conhecimento se trava entre sujeito-objeto – que de acordo com Watanabe seria entre o juiz e a prova, por exemplo – resta superada pela Filosofia contemporânea, pois parte da premissa de que os objetos seriam dotados de essência própria, que apenas seria revelada pelo sujeito cognoscente (paradigma do objeto).

Atualmente, contudo, a relação de conhecimento se opera no próprio sujeito na medida em que *“os objetos somente existem porque o sujeito pode conhecê-los”* (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 63). Em outras palavras, se, para a Filosofia que preponderou no século XVIII, a essência do conhecimento residiria no próprio objeto, a influência das novas ideias trazidas pelo Iluminismo e pelo Racionalismo fez com que o conhecimento fosse realocado no sujeito, pois, como já dito, o conhecimento só existe se existir sujeito cognoscente (paradigma do sujeito).

Figurando, portanto, o sujeito na condição necessária à existência do próprio conhecimento, o ideal de verdade não é mais aquele que era, até então, algo simplesmente revelado (descoberto) pelo sujeito cognoscente a partir da análise que faz sobre um dado objeto, tampouco podem suas conclusões constituir uma verdade universal e absoluta. A ideia de verdade passa a ser aquela construída no íntimo de cada sujeito de maneira a existirem tantas verdades quanto forem os sujeitos. Diante dessa nova percepção e possibilidade de pluralidade de verdades, advém a necessidade da busca de um consenso entre os sujeitos cognoscentes acerca do que se pode presumir como verdade:

O sujeito não é mais visto como conquistador do objeto, tal como ocorria no paradigma do sujeito. Agora, o sujeito deve interagir com os demais sujeitos, a fim de atingir um consenso sobre o que possa significar conhecer e dominar o objeto, não é mais a subjetividade que importa, mas sim a *intersubjetividade*. (MARINONI; ARENHART, 2005, p. 72.)

Essas breves ponderações servem para demonstrar que, no aspecto processual, a cognição exauriente ou sumária (verossimilhança) no plano vertical, de acordo com a classificação proposta por Watanabe, não deve levar em consideração a medida de certeza (convencimento) do magistrado, mas, sim, a relação travada entre todos os sujeitos

envolvidos no processo do qual o juiz é apenas um deles e que se soma às partes litigantes e, ainda, em alguns casos, ao Ministério Público, quando esse exerce a função de *custos legis*. Desse modo, cognição exauriente seria aquela decorrente de procedimento no qual tenha se facultado às partes a apresentação de argumentos e contra-argumentos, bem como o acesso aos meios de provas necessários e pertinentes à comprovação dos fatos arguidos, possibilitando a plena realização do contraditório pelos litigantes de maneira a conferir legitimidade à definitividade da decisão proferida (não olvidando, evidentemente, o dever de motivação e fundamentação da decisão judicial). Por sua vez, na cognição sumária, a decisão judicial assume caráter não definitivo na medida em que, no momento em que é proferida, as partes não puderam contraditar e debater plenamente, por meio do legítimo exercício do contraditório e da ampla defesa, os fatos controvertidos na demanda.

Adotando a classificação formulada por Watanabe – tecendo-se, apenas, alguns apontamentos quanto à cognição no plano vertical –, pode-se afirmar que, na atualidade, consoante evolução do entendimento jurisprudencial, o RCED é uma ação de cognição limitada e exauriente: limitada, em razão de a matéria arguível pela parte autora estar restrita àquelas expressas no art. 262 do Código Eleitoral; e exauriente, na medida em que é proferida em processo que permite ampla dilação probatória, possibilitando, de tal maneira, a incidência do instituto da coisa julgada sobre a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

4 Conclusão

Analisando-se a evolução histórica da jurisprudência do TSE no que diz respeito à delimitação dos contornos processuais do RCED, verifica-se que, gradativamente, a jurisprudência caminhou no sentido de conferir utilidade prática ao referido instrumento processual na medida em que progressivamente atribuiu maior autonomia ao magistrado na apreciação das provas e, por conseguinte, na análise e no julgamento do mérito discutido no recurso. Correlacionada a essa alforria do magistrado do mero exercício de uma função burocrática está a possibilidade de as partes litigantes requererem e produzirem provas na instrução do próprio RCED – o que, como já dito, era inicialmente vedado.

De outro modo, se num primeiro momento inexistia a possibilidade de avaliação e sopesamento das provas apresentadas em sede de RCED pelo julgador – dada a necessidade daquilo que inicialmente se concebia por prova pré-constituída –, com as gradativas mudanças de entendimento, o TSE, atualmente, consagra não só a possibilidade de apreciação e decisão sobre a causa de pedir deduzida no RCED, como também permite produção de provas, desde que requeridas na petição inicial pelo requerente ou na primeira oportunidade de defesa pelo requerido.

A mudança jurisprudencial, tanto no que importa à postura do magistrado quanto da faculdade disposta às partes em relação à produção de provas, veio enriquecer qualitativamente o procedimento do RCED e a sua instrumentalidade enquanto ferramenta de Direito Processual Eleitoral.

Nessa correlação entre a liberdade de cognição do magistrado e a possibilidade facultada às partes de produzirem provas em sede de RCED, é que, valendo-se das lições de Watanabe (op.cit.), o RCED pode ser classificado como instrumento processual de cognição restrita ou limitada no tocante à matéria arguível como causa de pedir (plano horizontal); e exauriente no tocante à definitividade da decisão final (plano vertical).

No entanto, aspecto teórico de grande importância prática é que a liberdade de cognição do magistrado na análise das provas, bem como a possibilidade de ampla instrução probatória pelas partes litigantes (desde que indicadas no primeiro momento), confere elementos necessários não só a corroborar com o entendimento quanto à natureza de ação do RCED, mas, sobretudo, corroborar que a decisão proferida é apta a produzir coisa julgada.

O importante é não só notar o traço evolutivo da interpretação do TSE, mas, sobretudo, a mudança de tratamento (regime) jurídico conferido ao RCED, do qual se extrai que, se outrora poder-se-ia conferir natureza de mero recurso administrativa ao RCED diante das limitações do regime a que se sujeitava (impossibilidade de dilação probatória e vinculação do julgamento ao trânsito em julgado da AIJE), atualmente, consoante entendimento do TSE, tais restrições foram superadas, de modo que não há como negar natureza jurisdicional àquele instrumento processual – indevidamente nominado de recurso – que conta agora com ampla instrução probatória (mesmo que deva ser requerida logo na fase inicial ou na fase de contestação) e livre apreciação das provas e do mérito por parte do magistrado.

Referências

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 1.500/MG. Relator: Ministro Eduardo Alckmin. *DJ*, 23 abr. 1999, p. 66.

_____. Agravo de Instrumento nº 1.280/RJ. Relator: Ministro Eduardo Alckmin. *DJ*, 29 out. 1999, p. 67.

_____. Agravo de Instrumento nº 3.247/MG. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJ*, 2 ago. 2002, v. 1, p. 226.

_____. Agravo de Instrumento nº 3.095/PI. Relator: Ministro Fernando Neves da Silva. *DJ*, 1º abr. 2002, v. 1, p. 113.

_____. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.301/PR. Relator: Ministro Gerardo Grossi. *DJ*, 7 abr. 2006, p. 166.

_____. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 357/AM, Acórdão nº 7309. Relator: Ministro José Guilherme Villela. *Boletim Eleitoral*, v. 386, t. 1, p. 23.

_____. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 490/AM. Relator: Ministro Eduardo Alckmin. *DJ*, 19 jun. 1999, p. 64.

_____. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 572/SC. Relator: Ministro Nelson Jobim. *DJ*, 20 ago. 1999, p. 81.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 15.895/PE. Relator: Ministro Edson Vidigal. *DJ*, 4 fev. 2000, p. 30.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 19.518/GO. Relator: Ministro Luiz Carlos Madeira. *DJ*, 7 dez. 2001, v. 1, p. 8.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 19.592/PI. Relator: Ministro Fernando Neves da Silva. *DJ*, 20 set. 2002, v. 1, p. 208.

_____. Recurso Especial Eleitoral nº 21.181/MG. Relator: Ministro Peçanha Martins. *DJ*, 1º ago. 2003, p. 287.

CASTRO, Edson Resende. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Tratado de Direito Eleitoral*. São Paulo: Premier Máxima, 2008. t. 4.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. *Comentários ao Código Eleitoral*. São Paulo: Dialética, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 5, t. 1.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos*. 2. ed. Bauru, SP: 2000.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio Luix. *Direito Eleitoral: para compreender a dinâmica do poder político*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. 1.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000.