



Ano 1 • n. 01
Teresina-PI / dezembro de 2009
ISSN 2176-6959

REVISTA
ELEIÇÕES
& Cidadania

O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO ELEITORAL E A LIVRE APRECIÇÃO JUDICIAL DE FATOS E PROVAS

Marcus Vinicius Furtado Coelho*

O julgador eleitoral possui a livre convicção não apenas na aplicação do Direito, como também o poder-dever para conhecer os fatos e provas constantes dos autos, ainda quando não controvertidos pelas partes. Trata-se de uma manifestação do princípio da indisponibilidade do processo eleitoral.

Tal orientação possui norma no direito positivo pátrio. Dispõe a Lei Complementar 64, de 1990, denominada Lei das Inelegibilidades, por seu art. 23, que o julgador deverá 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, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral. Tal previsão legal possui natureza de postulado inerente ao conjunto das ações eleitorais, aplicando-se não apenas aos instrumentos processuais previstos na referida lei.

O processo eleitoral há de concretizar a predominância do interesse público. A legitimidade democrática é, a um só tempo, razão de existência e meta a ser alcançada pela justiça eleitoral, desde o seu nascedouro, no

* Advogado militante e professor. Autor dos livros Direito eleitoral e processo eleitoral. Renovar; Processo Civil Reformado. Forense; Inviolabilidade do Direito de Defesa. Del Rey. Doutorando em Direito Processual pela Universidade de Salamanca, Espanha. Conselheiro Federal da OAB, onde preside a Comissão Nacional de Legislação. Coordenador de Direito Eleitoral.

momento histórico-político iniciado pela Revolução de 1930, que possuía o lema justiça e representação. Boris Fausto revela a gênese da Justiça Eleitoral sintonizada à promessa de sanear os costumes políticos do País.¹

A Nação desejada possui íntima ligação com o sistema político vivenciado. Em 1930, quando eclodiu a Revolução cujo lema era “justiça e representação”, o Brasil necessitava romper com o arcaísmo representado pela República Velha. Instituiu-se o sufrágio universal e direto, com voto secreto, estabeleceu-se a Justiça Eleitoral e ampliou-se o corpo de eleitores, permitindo o voto das mulheres e de todos os alfabetizados maiores de vinte e um anos. A inovação eleitoral “significava não só o cumprimento de uma primeira grande promessa da Revolução – o saneamento dos costumes políticos do país –, como também um passo essencial para a reintegração do Brasil ao futuro regime constitucional”.²

O Decreto n. 20.076, de 1932, instituiu o novo Código Eleitoral para o País, regulamentando em todo território nacional o alistamento, as eleições federais, estaduais e municipais, inovando com o sufrágio universal, direto e secreto, o direito de votos sem distinção de sexo, a representação proporcional para todos os órgãos coletivos de natureza política do País e a instituição da Justiça Eleitoral, retirando do Legislativo e, portanto, dos governadores o poder de fiscalizar e reconhecer os eleitos, retirando a prática da “degola”, prática usual da República Velha que impedia a ascensão de oposicionistas.

A moralização da vida política era meta a ser alcançada para possibilitar “a livre expressão da vontade popular e a abertura do jogo político democrático”.³ Por certo, “os novos procedimentos políticos, criados pelo Código Eleitoral, feriam certos fundamentos básicos do Estado oligárquico da República Velha, e abriam, teoricamente, a possibilidade de a “nova” legitimidade do Estado depender de um conjunto mais abrangente de cidadãos. Assim, a ampliação da participação política – o exercício do direito de voto – estava sendo realizada tanto pelo puro e simples aumento quantitativo do corpo de votantes (como é o caso do eleitorado feminino) quanto pelos mecanismos políticos que possibilitavam a incorporação real de parcelas da população até então marginalizadas pelo ‘desvirtuamento’ dos costumes eleitorais da nação”.⁴

O texto de Boris Fausto refere-se ao sistema eleitoral existente nas pri-

meiras décadas da República, mas bem poderia ser aplicado aos dias atuais. Urge a moralização dos costumes políticos, a diminuição do abuso de poder, como forma de tornar legítimo o exercício da representação popular e autêntica a democracia, como imperativo democrático e pressuposto essencial à construção de uma nação de cidadãos iguais.

A ordem constitucional vigente mantém tal missão à justiça eleitoral, albergando-o na expressão “normalidade e legitimidade das eleições”, estatuída no art. 14, parágrafo 9º da Constituição Federal.⁵ Diante da nobreza do bem jurídico tutelado, os interesses de candidatos e partidos não podem sobrepujar a imperiosa busca da implementação do desejo na nação, expressado no aludido postulado, donde asseverar que o processo eleitoral é indisponível.

Mesmo no processo em geral deve o juiz se esforçar em todas as situações para se aproximar ao máximo da “verdade” dos fatos, devendo ter uma participação ativa no processo,⁶ devendo o juiz decidir, “segundo sua livre convicção, se a afirmação de um fato é certa ou não; não estando tampouco sujeito à apreciação que de acordo façam as partes”.⁷

No exercício da liberdade de análise das provas, o julgador eleitoral há de fazer uso do sistema de persuasão racional, que estabelece limitações à aludida liberdade, condicionando-a ao uso das regras lógicas e das máximas da experiência, cingindo-se às provas produzidas nos autos, por iniciativa das partes ou por impulso judicial. A avaliação livre impõe a obrigação mais rigorosa na motivação das conclusões a que chega o juiz, a fim de permitir o controle sobre o seu posicionamento.

Tal liberdade, assim, pode ser entendida como um livre exercício fundamentado. O próprio ordenamento processual civil possui regra expressa, prevendo a liberdade judicial na apreciação da prova, “atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que formaram o convencimento” (CPC, art. 131). Para Celso Agrícola Barbi, “a liberdade concedida ao juiz não é absoluta, no sentido de que ele possa decidir com base em provas não constantes dos autos ou fundar sua convicção em informações que tenha recebido em caráter particular. O juiz é livre para se convencer acerca dos fatos, mas os elementos para essa convicção são apenas os existentes nos autos”.⁸

A liberdade ora preconizada não exclui a aplicação do brocardo *quod non est in actis non est in mundo*, segundo o qual os autos são o mundo do juiz na apreciação dos fatos. Apenas os fatos notórios independem de prova. Evidente que a liberdade na apreciação das provas não significa arbítrio; daí o porquê da necessidade de fundamentação específica e rigorosa, tanto dos fundamentos fáticos como da explicação dos critérios utilizados pelo juiz para se convencer pela existência ou inexistência dos fatos.

A livre apreciação de fatos e provas possui como escopo a construção da verdade, essencial para legitimar a prestação jurisdicional. A corroborar tal assertiva, os procedimentos, em sua maioria, cuidam do tema prova, que possui evidente correspondência com a verdade dos fatos. A prova possui a principal função de convencer o juiz da verdade ou falsidade de uma afirmação.⁹

Evidente que a reconstrução da verdade real, no sentido de exata, é uma atividade inatingível aos humanos. Sempre haverá a verdade mais próxima do real, ou a verdade que mais apareça como tal, com o que se distribui a justiça feita por homens. Em outras palavras, não há verdade no processo, mas verossimilhança. Assim, a verdade material pode ser objeto de busca, mas é inatingível.

O direito eleitoral não se conforma apenas com a verdade formal, mas deve buscar aproximar-se da verdade material, para utilizar a clássica distinção, ainda empregada por doutrinadores como Cintra, Grinover e Dinamarco, para quem – “enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos) – no processo penal, o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença”.¹⁰ A propósito, Jacinto Coutinho assevera: “busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal”.¹¹ Não sendo ser divino, o juiz jamais obterá a verdade exata, tendo que se contentar com a verdade provável ou verossimilhança, que é a verdade contextual e possível.

Destarte, não é apropriado falar em verdade como resultado do processo, pois “não há mais como supor que a decisão jurisdicional encontre fundamento na verdade, pois é óbvio que não existe uma verdade, mas tantas versões de verdade quantas forem necessárias. Cada parte tem a sua,

e o juiz, para proferir a decisão, elabora a própria – que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes. A convicção do juiz se faz a partir da argumentação e das provas trazidas ao processo, inclusive as determinadas de ofício, o que gera uma verdade construída no processo”.¹²

Tal compreensão amplia a responsabilidade do julgador eleitoral, que não pode abstrair do compromisso de buscar a verdade mais provável, não podendo esconder-se detrás de arcabouços formais. Tanto mais quando se verifica que a matéria eleitoral cuida do direito difuso – pertencente a todo o corpo social, não sendo aprisionado por determinado grupo ou categoria – a uma democracia autêntica, sem desvios e abusos. Inegável que o processo eleitoral pode e deve se valer da Teoria da Verossimilhança preponderante, tal qual ocorre em relação aos demais direitos difusos, como em matérias ambientais.

Verossimilhança que, como ensina Calamadre, deve se valer da idéia de máxima de experiência, levando-se em conta o que normalmente acontece. Em outras palavras, “é esta ilação lógica do usual que permite ao sujeito reconhecer como verossímil algo que, segundo critérios adotados pelo homem médio, prestar-se-iam para adquirir a certeza quanto a certo fato”.¹³

Assim é que os postulados da liberdade do voto e da legitimidade das eleições não podem ficar condicionados à vontade das partes, nem limitados a formalismos que impeçam a construção da verossimilhança quanto mais próxima da verdade possível.

Embora determinado candidato ou partido possuam algum interesse imediato, quando atuam no processo eleitoral, exercem, em verdade, a legitimidade na condição de substituto processual da coletividade, propugnando pelo indisponível direito público a uma democracia autêntica. Corroborando tal assertiva, o Tribunal Superior Eleitoral compreende, “a lei confere legitimidade aos personagens do processo eleitoral para defesa do interesse público de se coibir a prática de condutas tendentes a afetar a integridade do pleito, não importando se haverá, ou não, repercussão da decisão na esfera política do candidato”.¹⁴

Exatamente por ser indisponível, o processo eleitoral não admite a transação, nem faz ato consumado a desistência de ação ou de recurso, não podendo servir como instrumento de acertos políticos. Curial que a desistência de uma ação ou recurso não obriga a sua extinção, sendo possível ao

Ministério Público prosseguir com a demanda. No mesmo diapasão, coíbe-se ao réu reconhecer o direito do autor – tal reconhecimento não assegura, por si, o êxito da demanda em benefício do primeiro. Tais postulados decorrem da natureza da matéria eleitoral, evidentemente indisponíveis, de matriz pública. Daí a livre apreciação da prova.

O Tribunal Superior Eleitoral vaticina: “a atual jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de não ser admissível desistência de recurso que versa sobre matéria de ordem pública”. E arremata: “o bem maior a ser tutelado pela Justiça Eleitoral é a vontade popular, e não a de um único cidadão. Não pode a eleição para vereador ser decidida em função de uma questão processual, não sendo tal circunstância condizente com o autêntico regime democrático”.¹⁵

O mesmo fundamento que possibilita o prosseguimento da demanda, ainda quando haja a desistência do autor ou reconhecimento do direito pelo réu, impede que as partes possam escolher sobre quais os fatos e as provas devem recair a apreciação judicial.

Desde que um fato surja provado nos autos, dentro do ambiente do contraditório, o julgador pode utilizá-lo como razão de decidir, ainda quando as partes não se tenham pronunciado sobre tal aspecto da demanda. Em outro dizer, no processo eleitoral, impera a livre convicção na aplicação do direito, como também a livre convicção na apreciação dos fatos e provas, em busca da construção da conclusão mais próxima da verdade.

É dizer, diante do Princípio da Indisponibilidade, assim como as partes não podem transigir, também não possuem o domínio sobre os fatos e provas do processo. Se os fatos estão nos autos, respeitado o contraditório e o direito de defesa, o juiz possui o poder-dever de conhecê-los.

A livre apreciação dos fatos e provas se irradia por todo o processo eleitoral, conquanto é manifestação do Princípio da Indisponibilidade ou predominância do interesse público inerente a este ramo do Direito. Tal postulado é conducente a alcançar a maior proximidade da verdade possível – ou verossimilhança –, como medida para assegurar a normalidade e legitimidade das eleições, essenciais à construção da autêntica democracia, bem de tutela primordial do direito eleitoral.

Notas

1 FAUSTO, Boris. História geral da civilização brasileira. Tomo III. **O Brasil Republicano**. vol. 10. Sociedade e política (1930-1964). Introdução geral de Sergio Buarque de Holanda. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 22-24.

2 Id. *ibid*.

3 Id. *ibid*.

4 Id. *ibid*.

5 O art. 14, par. 9. da Constituição Federal apresenta-se como verdadeiro standart para a atuação do Direito Eleitoral, apresentando os valores que devem ser buscados e preservados, como a probidade administrativa e a normalidade e legitimidade das eleições.

6 LUIZ GUILHERME MARINONI. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 103.

7 SCHÖNKE, Adolf. **Direito processual civil**. Campinas: Romana, 2003. p. 61.

8 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 535.

9 LENT, Friedrich. Diritto processuale civile tedesco. Napoli: Morano, 1962. p. 197. In: ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, n. 3, p. 686, 1996.

10 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65.

11 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “verdade, dívida e certeza”, de Francesco Carnelutti. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro’. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 30, p. 190, 1998.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 457.

13 ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, n. 3, p. 686, 1996. O texto acrescenta: “[...] a experiência nos ensina que fatos daquela específica categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares àquelas que se encontram no caso concreto, decorre desta experiência que também o fato em questão se apresenta com a aparência de ser verdadeiro; e vice-versa conclui-se que algo é inverossímil, quando, mesmo podendo ser verdadeiro, parece, porém em contraste com o critério sugerido pela normalidade’. Como sói ser evidente – e como também lembrado pelo processualista florentino – esta verossimilhança dependerá de critérios nitidamente subjetivos e variáveis, de acordo com o sujeito cognoscente. Assim o demonstra o fato de que, a cada dia, fatos que até então eram tidos como inverídicos, passam a assumir – em função da evolução das ciências – ares de possíveis ou mesmo verossimilhantes”.

14 TSE, RESPE-25912, rel. Min. Cezar Peluso, **DJ**, vol. I, 10 mar. 2008, p. 13-14.

15 TSE, RESPE 25094, julg. em 16 jun 2005.