

Aplicabilidade dos arts. 9º e 10 do novo Código de Processo Civil ao processo eleitoral brasileiro

Priscila Batista de Matos

Servidora do Ministério Público da União, lotada no Ministério Público Federal na Bahia. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Damásio Educacional. Bacharela em Direito pela Faculdade Social da Bahia. Bacharela em Comunicação Social pela Universidade Católica do Salvador.

Resumo: Este artigo busca analisar a aplicação dos princípios do contraditório e da não surpresa, previstos nos arts. 9º e 10 do novo Código de Processo Civil, ao processo eleitoral brasileiro. Considerando a natureza de direito coletivo do Direito Eleitoral, a temporariedade dos mandatos eletivos e o curto lapso de tempo que decorre entre as convenções partidárias e a diplomação dos eleitos, a celeridade torna-se uma característica central do processo eleitoral. Daí o conflito aparente entre as normas processuais eleitorais, em particular as previsões dos arts. 7º e 23 da Lei Complementar n. 64/1990 e os princípios do contraditório e da não surpresa. Apesar de a Resolução n. 23.478/2016, do Tribunal Superior Eleitoral, prever, no art. 3º, a aplicação do contraditório e da não surpresa aos processos eleitorais, existe uma dificuldade entre os juízes eleitorais em conciliar os princípios e regras envolvidos quando aplicam fundamentos fáticos e jurídicos não discutidos pelas partes no processo. Não obstante, é possível conciliar os referidos princípios e regras jurídicas.

Abstract: This paper seeks to analyze the application of the principles of contradiction and non-surprise, provided for in articles 9 and 10 of the new Code of Civil Procedure, in the Brazilian electoral process. Considering the nature of the collective right of electoral law, the temporary nature of elective mandates, and the short period of time that elapses between party conventions and the diplomacy of the elect, celerity becomes a central feature of the electoral process. Hence the apparent conflict

between electoral procedural rules, in particular the provisions of articles 7 and 23 of Complementary Law 64/1990 and the principles of adversarial and non-surprise. Despite Resolution 23.478/2016, of the Higher Electoral Tribunal, to provide, in article 3, the application of the contradictory and non-surprise to the electoral processes, there is a difficulty among electoral judges in reconciling the principles and rules involved when applying factual and legal grounds not discussed by the parties to the proceedings. Nevertheless, it's possible to reconcile those principles and legal rules.

Palavras-chave: Processo eleitoral. Princípio do contraditório. Vedação de surpresa. Celeridade processual. Código de Processo Civil de 2015.

Keywords: Electoral process. Principle of contradictory. Prohibition of surprise. Procedural celerity. Code of Civil Procedure of 2015.

Sumário: 1 Introdução. 2 Princípios e regras jurídicas. 3 O processo eleitoral e o princípio da celeridade. 4 Arts. 9º e 10 do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). 5 Arts. 7º e 23 da Lei Complementar n. 64/1990 e o sistema do livre convencimento motivado. 6 Art. 3º da Resolução n. 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral. 7 Considerações finais.

1 Introdução

A Lei n. 13.105/2015 instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), estruturando-o sobre normas fundamentais processuais, algumas das quais previstas expressamente na Constituição Federal. É o caso do princípio do contraditório e da não surpresa, previstos nos arts. 9º e 10 do novo CPC, de observância obrigatória.

Tal obrigatoriedade vai além do direito processual civil, estendendo-se a outros ramos do direito processual. Pergunta-se: e quanto ao Direito Eleitoral? Considerando sua natureza de direito coletivo e o interesse público em questão, o processo elei-

toral estaria submetido às normas do processo civil, em particular aos arts. 9º e 10, consagradores dos princípios do contraditório e da não surpresa?

O Direito Eleitoral é marcado pelo princípio da celeridade. Se houver delongas excessivas no *iter* eleitoral, todo o processo eleitoral e a própria democracia podem sofrer prejuízos. Para garantir a celeridade do processo eleitoral é que são previstas normas como o prazo recursal de 3 dias, via de regra; a irrecorribilidade das decisões do TSE, salvo as que contrariem a Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou de mandado de segurança; e o prazo de um ano como duração razoável do processo que possa resultar em perda do mandato eletivo.

Além dessas e outras previsões, a Lei Complementar n. 64/1990, nos seus arts. 7º e 23, prevê a possibilidade de o juiz decidir com base em fundamento que não foi alegado pelas partes, mas resultante da livre apreciação da prova. Referidos dispositivos, apesar de dotarem o processo eleitoral de maior celeridade, vão de encontro aos princípios do contraditório e da não surpresa.

Verifica-se, portanto, um conflito entre princípios e regras. De um lado, os princípios do contraditório e de outro, a regra da persuasão racional.

Para acirrar o debate, a Resolução n. 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral, que estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei n. 13.105/2015 no âmbito da Justiça Eleitoral, determina, expressamente, no art. 3º, a aplicabilidade dos arts. 9º e 10 do novo CPC ao processo eleitoral.

Logo, a finalidade do presente artigo consiste em encontrar uma solução prática para composição entre os princípios do contraditório e da não surpresa e a regra da persuasão racional no processo eleitoral. Para tanto, partiremos da distinção entre princípios e regras e da definição de processo eleitoral, com uma breve análise da natureza específica do Direito Eleitoral e do princípio da celeridade. Em seguida, iremos analisar os princípios do contraditório, da não sur-

presa e a regra da persuasão racional no processo eleitoral. A partir do disposto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.082¹ e na Resolução n. 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral, veremos se é possível conciliar os princípios do contraditório e da vedação da surpresa com a regra da persuasão racional no processo eleitoral.

2 Princípios e regras jurídicas

Há muitas teorias para definir princípios e regras jurídicas. Ficaremos aqui, com a clássica definição de Canotilho (1993), segundo a qual princípios e regras são espécies de norma jurídica.

Segundo o autor, os princípios são o fundamento de todo o ordenamento jurídico. Representam o substrato, a matéria-prima com a qual as regras jurídicas são elaboradas; são os pressupostos lógicos necessários das normas legislativas, caracterizando-se pela abstração e generalidade.

Por sua vez, as regras jurídicas podem trazer uma obrigação, uma faculdade ou uma proibição. Por isso, são de aplicação mais direta, representando, muitas vezes, a densificação de um princípio geral do direito.

Observe-se, por exemplo, os princípios do contraditório e ampla defesa. O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Com base nesse princípio constitucional, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em diversos dispositivos, os meios pelos quais os litigantes exercerão o contraditório e a ampla defesa, como, por exemplo, o art. 336: “Incumbe ao réu alegar, na

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1082* – Tribunal Pleno. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Relator atual: min. Marco Aurélio. Brasília, 22 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7065151>>. Acesso em: 21 maio 2017.

contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

Percebe-se aí a presença de um princípio – art. 5º, LV, CF –, que foi densificado, isto é, recebeu concretude na regra do art. 336, CPC/2015.

Princípios e regras jurídicas, portanto, diferem entre si. Observe-se, nesse sentido, a lição do eminente professor português (CANOTILHO, 1993, p. 190-191):

[...] Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas – as regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos: (1) – os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; [...] Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se; (2) – consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [...]

Do exposto, conclui-se que, se por um lado, os princípios e regras jurídicas são espécies de normas, por outro, é de notar-se que os princípios estão numa hierarquia superior em relação às demais regras do ordenamento, na medida em que são os elementos estruturantes do próprio sistema jurídico.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes (2009, p. 191-192) leciona que “os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a ser considerados

[...]”. E complementa: “Nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.”

3 O processo eleitoral e o princípio da celeridade

O Direito Eleitoral possui natureza de direito coletivo. É o ramo do direito público que regula os direitos políticos e o processo eleitoral, sendo instrumento para a efetivação do princípio democrático e do Estado Democrático de Direito.

Por tratar de interesse público de alta relevância, caracteriza-se por princípios e regras bastante peculiares, tal como o denominado princípio da supraceleridade. Antes, porém, de analisar a aplicação de alguns princípios ao processo eleitoral, mister compreender o significado de processo eleitoral.

Processo é termo plurívoco, que abarca várias concepções. Ferreira (2008, p. 655) define processo como:

1. Ato de proceder, de ir por diante.
2. Sucessão de estados ou de mudanças.
3. Modo por que se realiza ou executa uma coisa; método, técnica.
4. *Jur. V. demanda* (2) [...].

No Direito, diz-se do processo como a relação jurídica que se estabelece entre autor, juiz e réu e o procedimento ínsito àquela. Nesse sentido, Gomes (2016, p. 297):

Notadamente no Direito Processual, esse termo traduz a relação jurídica que se estabelece entre autor, Estado-juiz e réu. Trata-se de relação abstrata direcionada à prestação jurisdicional; é, pois, instrumento de exercício da jurisdição.

Ademais, é assente na doutrina contemporânea a distinção entre processo e procedimento. Este se consubstancia na técnica que organiza e disciplina a atividade desenvolvida no interior da relação jurídica processual; é o *iter* ou caminho seguido na expansão do processo rumo à sua finalidade, que é a prestação jurisdicional.

No Direito Eleitoral, a expressão *processo eleitoral* comporta uma acepção ampla e outra restrita. Em sua acepção ampla, diz-se da sucessão de fases para concretização das eleições, desde as convenções partidárias até a diplomação dos eleitos. Na acepção restrita, trata-se do processo jurisdicional em si, ou seja, do conjunto de atos jurídicos concatenados para resolução de conflito eleitoral. De acordo com Gomes (2016, p. 298):

Em sentido amplo, processo eleitoral significa a complexa relação que se instaura entre Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do sacrossanto direito de sufrágio e escolha, legítima, dos ocupantes dos cargos público-eletivos em disputa. O procedimento, aqui, reflete o intrincado caminho que se percorre para a concretização das eleições, desde a efetivação das convenções pelas agremiações políticas até a diplomação dos eleitos. Em geral, quando se fala em processo eleitoral, é a esse sentido que se quer aludir.

Em seguida, esclarece o que seja processo eleitoral, em sentido restrito (GOMES, 2016, p. 299-300):

Em sentido restrito, a expressão processo eleitoral designa processo jurisdicional eleitoral contencioso eleitoral. Seu fundamento é o controle das eleições. O processo jurisdicional eleitoral é instaurado e se desenvolve perante órgão jurisdicional com vistas à resolução de conflito eleitoral; é individualizado, veiculando pedido específico entre partes bem definidas. Deve subsumir-se ao modelo do processo jurisdicional constitucional, observando, portanto, princípios como *due process of law* e seus consectários. A ele se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil. Ora se apresenta em sua feição clássica, em que se divisa uma relação triangular, da qual participam autor, juiz e réu; é isso o que ocorre em ações como impugnação de mandato eletivo, investigação judicial eleitoral, captação ilícita de sufrágio e conduta vedada. Ora se apresenta na forma de relação linear, integrada por um requerente e pelo órgão judicial, tal qual ocorre no pedido de registro de candidatura.

Portanto, ante as múltiplas acepções que a expressão *processo eleitoral* comporta, o presente artigo utilizar-se-á dessa expressão em seu sentido restrito, isto é, o processo (procedimento) jurídico

instaurado perante órgão jurisdicional para resolução de matéria de natureza eleitoral.

Como citado por Gomes (2016, p. 299-300), o processo eleitoral não prescinde da observância dos princípios processuais constitucionais.

Assim é com o princípio da celeridade. Se a razoável duração do processo deve ser assegurada a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, nos termos do art. 5º da CF/1988, no processo eleitoral, o dever de respeito ao princípio da celeridade é ainda maior, “em razão da temporariedade do exercício dos mandatos eletivos [...]” (ALMEIDA, 2016, p. 48) e da brevidade do processo eleitoral em sentido lato, que se inicia com as convenções partidárias (entre julho e agosto) e se encerra com a diplomação dos eleitos (dezembro). Alguns autores, inclusive, o denominam de princípio da supraceleridade dos feitos eleitorais, visto que “o princípio veda a procrastinação dos feitos e faz com que as decisões eleitorais sejam tomadas de forma rápida, evitando-se delongas para fases posteriores à data da diplomação” (BARROS, 2014, p. 21).

Para Almeida (2016, p. 48), “a rapidez na tramitação processual, portanto, deve ser a marca registrada do processo eleitoral”.

Entretanto, em prol da celeridade, os juízes têm proferido decisões alegando fatos e direitos não debatidos por autor e réu, sem lhes oportunizar a efetiva participação no processo. Tal postura contraria os princípios do contraditório e da não surpresa. A título de exemplo, seguem os seguintes julgados:

STJ:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO ELEITO (COLIGAÇÃO IACANGA – PP/ PT/ PMDB/ PR/ DEM/ PSB/ PV/ PSDB). INDEFERIDO. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. AUSÊNCIA. INTIMAÇÃO. PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO.

1. À luz do art. 282, § 2º, do CPC/2015, se absterá o juiz de declarar a nulidade, quando puder decidir a favor da parte a quem aproveite. Nesse contexto, o reconhecimento do cerceamento de defesa pela decisão agravada não prejudicou o exame da agitada afronta ao princípio da dialeticidade – por suposta dissociação entre as razões do apelo no âmbito da instância ordinária e a sentença recorrida –, cujo acolhimento importaria, desde já, o provimento do recurso para restabelecer a decisão que havia deferido o registro de candidatura em apreço, ante a incognoscibilidade do apelo aviado. 2. O novo julgamento do recurso eleitoral, decorrente da nulidade decretada, pressupõe o reexame, pela Corte Regional, tão somente das questões que vieram a lume a partir da documentação acostada, posteriormente ao manejo do apelo perante a instância de origem, sobre as quais não facultado prévio pronunciamento à parte – em franca violação das garantias do contraditório e da ampla defesa –, o que não importa, em absoluto, reabrir nova discussão quanto a óbices processuais já agitados oportunamente pelo ora agravante, em notória rediscussão da causa. 3. A despeito de inaugurada a divergência no âmbito da Corte Regional no que pertine à cognoscibilidade do recurso eleitoral manejado, a maioria daquele Colegiado entendeu suficientemente fundamentado o apelo, premissa que não pode ser afastada sem proceder-se à comparação de peças processuais – com análise da sentença e do recurso contra ela interposto, em confronto com as conclusões do acórdão recorrido –, providência inviável na via estreita dos recursos excepcionais, cristalizada a Súmula nº 24/TSE. 4. O prévio conhecimento do candidato acerca da existência do parecer exarado pelo Tribunal de Contas – em razão de ter subsidiado o ajuizamento de ação anulatória no âmbito da Justiça Comum –, não afasta, por si só, a nulidade por cerceamento de defesa. O contraditório significa o direito de influir no resultado do julgamento, evidente o “dever de debate, consulta, de diálogo, de consideração” com as partes (MARINONI. Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 2015. Editora RT, pg. 445). 5. “A vedação à decisão surpresa no processo – corolário do princípio constitucional do contraditório –, impõe ao magistrado o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, inclusive aqueles sobre os quais deva conhecer de ofício”. (NERY JR. Nelson Nery. Código de Processo Civil Comentado. Ed. RT. 2015, pg. 215). A propósito, o disposto no art. 437, § 1º, do CPC/2015: “sempre que uma das partes requerer a

juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436”. Agravos regimentais conhecidos e não providos. (STJ, RESPE – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.092 – Iacanga-SP – rel. min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, publicação: *DJe* de 5 abr. 2017, p. 19).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. CONHECIMENTO. INVIABILIDADE. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE OITIVA PRÉVIA DO CONDENADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O recurso ordinário não foi ratificado após o julgamento dos embargos de declaração, o que impede o seu conhecimento. No entanto, nos termos da jurisprudência do TSE, é possível a análise das razões recursais tendo em vista a possibilidade de concessão da ordem de ofício na hipótese de flagrante ilegalidade. Precedentes. 2. Configura constrangimento ilegal sanável por meio de habeas corpus a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a prévia oitiva do condenado. 3. Ordem concedida de ofício para anular a decisão do Juízo da 138ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro que converteu a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade e decretou a prisão da paciente. (STJ, RHC n. 30.241 – Queimados-RJ, rel. min. João Otávio de Noronha, publicação: *DJe*, tomo 178, de 23 set. 2014, p. 47).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. VERIFICAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, 1, DA LC Nº 64/90. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. INOCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 1º, I, d, DA LC Nº 64/90. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ABUSO APURADO EM SEDE DE AIME. DESPROVIMENTO.

1. *In casu*, a decisão do Tribunal de Justiça local que condenou o agravado por improbidade administrativa não foi juntada aos

autos com a inicial da impugnação ao seu registro de candidatura, mas tão somente após a apresentação de contestação por parte do impugnado, sobre a qual não foi oportunizado manifestar-se. É flagrante, portanto, o prejuízo acarretado à sua defesa, cuja plenitude deve ser preservada, de acordo com os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. 2. Nos termos da alínea l do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, para a incidência da causa de inelegibilidade nele prevista, é necessária não apenas a condenação à suspensão de direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa, mas, também, que tal ato tenha importado lesão ao patrimônio público, bem como enriquecimento ilícito. 3. Conforme assentado por esta Corte nos autos do RO nº 3128-94/MA, para que haja a incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, d, da LC nº 64/90, a condenação por abuso deve ser reconhecida pela Justiça Eleitoral por meio da representação de que trata o art. 22 da LC nº 64/90, não incidindo quando proferida em sede de recurso contra expedição de diploma ou ação de impugnação a mandato eletivo, hipótese dos autos. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 371.450 – Belo Horizonte-MG, rel. min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, publicação: *DJe* de 15 abr. 2011, p. 72).

TRE-PR:

RECURSO ELEITORAL – EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2014 – PRESTAÇÃO DE CONTAS DE PARTIDO POLÍTICO – PARECERES TÉCNICO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL PELA DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS PARTIDÁRIAS – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PARA DEFESA DO ÓRGÃO PARTIDÁRIO E SEUS RESPONSÁVEIS – INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 38 DA RESOLUÇÃO TSE Nº 23.432/2014 – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – NULIDADE PROCESSUAL DE OFÍCIO – SENTENÇA ANULADA – PROVIMENTO.

1. A inobservância do rito previsto pelo art. 38, da Resolução TSE n.º 23.432/2014, para o processamento da Prestação de Contas de exercício financeiro de partido político, viola o princípio constitucional do devido processo legal (ampla defesa e contraditório) e reflete em nulidade dos atos. 2. Precedentes do TRE/PR (RE

n^{os} 7-25.2015.6.16.0159, j. 17/11/2015, DJE de 20/11/2015; 109-92.2015.6.16.0144 e 111-62.2015.6.16.0144, j. 30/11/2015, DJE de 03/12/2015; n^{os} 110-77.2015.6.16.0144, 115-02.2015.6.16.0144, 116-84.2015.6.16.0144, 117-69.2015.6.16.0144 e 119-39.2015.6.16.0144 e 120-24.2015.6.16.0144, j. 04/12/2015, DJE de 14/12/2015 e o mais recente o de n^o 11-75.2015.6.16.0090, j. 09/12/2015, DJE de 14/12/2015, todos de relatoria do Des. Luiz Fernando Tomasi Keppen; debate em sessão de julgamento nos feitos de Prestação de Contas n^o 159-65.2015.6.16.0000 e 156-13.2015.6.16.0000, ambos de relatoria do Dr. Josafá Antonio Lemes). 3. Nulidade processual de ofício. 4. Recurso conhecido para, de ofício, declarar a nulidade processual e anular os atos processuais ulteriores. (TRE/PR – Recurso Eleitoral n. 2.183 – Paranaguá-PR, rel. Josafá Antonio Lemes, publicação: *DJ* de 10 mar. 2016).

Verificam-se, portanto, na Justiça Eleitoral de 1^o e 2^o graus, decisões prolatadas com base em provas e fatos a respeito dos quais não foi dada às partes oportunidade de se manifestar.

No segundo julgado, observa-se, inclusive, a conversão de pena restritiva de direito em privativa de liberdade, sem oitiva do condenado, o que foi considerado constrangimento ilegal pelo STJ.

Logo, tanto no 1^o grau como nos tribunais regionais, há juízes que claramente não oportunizam às partes a efetiva participação no processo, em frontal desrespeito aos princípios do contraditório e da vedação de surpresa.

4 Arts. 9^o e 10 do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)

Aplicam-se também ao processo eleitoral os princípios do contraditório e da não surpresa. No texto constitucional, o princípio do contraditório está previsto no art. 5^o, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Por sua vez, o novo CPC traz a previsão do princípio do contraditório juntamente com o da vedação da surpresa no capítulo destinado às normas fundamentais do processo civil – arts 9º e 10. Observe-se:

Art. 9. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, 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 sobre a qual deva decidir de ofício.

Tradicionalmente, o princípio do contraditório é entendido como o direito de as partes serem informadas dos atos processuais e de serem ouvidas oportunamente no curso do processo. Por meio do contraditório, autor e réu participam do processo exercendo o direito de defesa, seja a defesa do direito que se pleiteia por meio da ação, seja a defesa dos direitos do demandado. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 136) dispõem:

A legitimidade do exercício do poder estatal, e assim da decisão judicial depende da oportunidade à participação àqueles que podem sofrer os seus efeitos. De modo que o direito de participar do processo está centrado na própria noção de democracia.

A participação é outorgada ao autor e ao réu mediante o que se denomina contraditório, garantido no art. 5º, LV, da CF, o qual diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O direito de participar, assim, relaciona-se com a possibilidade de alegar, provar, participar

da produção da prova e falar sobre o seu resultado, enfim de influir sobre o convencimento do juiz.

Depreende-se que o exercício do contraditório, para além de sua concepção tradicional, visa oportunizar aos litigantes a efetiva participação no processo, com possibilidade de influir no convencimento do juiz. Nesse sentido, também, Didier Jr. (2016, p. 81-82):

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. A garantia de participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional dá cumprimento à garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório.

[...]

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Portanto, o princípio do contraditório deve permitir a real possibilidade de as partes influírem na decisão judicial. Sua aplicação, entretanto, “depende essencialmente de se convencerem os juízes de que assim deve ser no caso concreto”, pois “somente por meio de um constante e intenso diálogo do juiz com as partes se

concretizará o contraditório participativo, mediante o qual o poder de influência se tornará uma realidade” (NEVES, 2016, p. 23).

De outro vértice, verifica-se que o princípio do contraditório está diretamente ligado ao princípio da não surpresa, materializado no art. 10 do novo CPC. O dispositivo determina que nenhum juiz poderá decidir com base em fato ou fundamento não debatido pelas partes.

Ora, se autor e réu foram ouvidos no curso do processo e o juiz não pode decidir com base em fato sobre o qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, é pouco provável que haja qualquer surpresa em sua decisão. O problema ocorre nas matérias que podem ser conhecidas de ofício, quando os princípios do contraditório e da não surpresa deveriam ser respeitados, mas não o são. Nesse sentido, Neves (2016, p. 26-27):

Os problemas verificam-se no tocante às matérias de ordem pública, na aplicação de fundamentação jurídica alheia ao debate desenvolvido no processo até o momento da prolação da decisão, e aos fatos secundários levados ao processo pelo próprio juiz. São matérias e temas que o juiz pode conhecer de ofício, havendo, entretanto, indevida ofensa ao contraditório sempre que o tratamento de tais matérias surpreender as partes. Ainda que a matéria de ordem pública e a aplicação do princípio do *iura novit cura* permitam uma atuação do juiz independentemente da provocação da parte, é inegável que o juiz, nesses casos – se se decidir sem dar oportunidade de manifestação prévia às partes – as surpreenderá com sua decisão, o que naturalmente ofende o princípio do contraditório.

Infelizmente os membros do Poder Judiciário, em sua esmagadora maioria, não percebiam a diferença basilar entre decidir de ofício e decidir sem a oitiva das partes. Determinadas matérias e questões devem ser conhecidas de ofício, significando que, independentemente de serem levadas ao conhecimento do juiz pelas partes, elas devem ser conhecidas, enfrentadas e decididas no processo. Mas o que isso tem a ver com a ausência de oitiva das partes? Continua a ser providência de ofício o juiz levar a matéria ao processo, ouvir

as partes e decidir a respeito dela. Como a surpresa das partes deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório, parece que mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício o juiz deve intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão, conforme inclusive consagrado na legislação francesa e portuguesa.

No mesmo sentido, Didier Jr. (2016, p. 84):

Imagine a seguinte situação: A e B estão litigando, cada um argumenta o que quis e o juiz, no momento da sentença, baseia-se em um fato que não foi alegado pelas partes, não foi discutido por elas, mas está provado nos autos. O juiz não pode fazer isso sem submeter esse fato ao prévio debate entre as partes. Isso feriria, escancaradamente, o contraditório. A decisão formar-se-ia com base em questão de fato sobre a qual as partes não falaram, e, portanto, basear-se-ia em questão a respeito da qual as partes não puderam ter exercitado o “poder de influência”, não puderam dizer se o fato aconteceu ou não aconteceu, ou aconteceu daquela ou de outra forma.

E, aqui, entra uma distinção que é muito útil, mas pouco lembrada. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido.

Como se pode observar, a possibilidade de decidir de ofício não pode prescindir da oitiva das partes. Os princípios do contraditório e da não surpresa têm por objetivo permitir aos litigantes o direito de serem informados sobre os atos processuais, de participar do processo e de influir concretamente no convencimento do magistrado, evitando-se a prolação de decisões surpresas.

Posto isso, uma decisão com base em fundamentos de fato ou de direito que não foram discutidos pelas partes vai de encontro aos princípios previstos nos arts. 9º e 10 do CPC/2015, contrariando o direito fundamental constitucional ao contraditório.

5 Arts. 7º e 23 da Lei Complementar n. 64/1990 e o sistema do livre convencimento motivado

A despeito de o princípio do contraditório nortear todo o direito processual brasileiro, as regras dos arts. 7º e 23 da LC 64/1990 vão de encontro a este princípio ao permitir a decisão baseada em fatos não alegados pelas partes.

Note-se que a LC n. 64/1990 regula o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, o qual determina:

Art. 14. [...]

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 1994).

Logo, a LC n. 64/1990 trata dos casos de inelegibilidade, dos prazos de cessação, das ações cabíveis contra a influência do poder econômico e de autoridade, da impugnação ao registro de candidatura e dá outras providências.

Nos arts. 7º e 23, a LC n. 64/1990 dispõe que o juiz ou tribunal formará sua convicção pela livre apreciação da prova, ainda que não alegada pelas partes. Observe-se:

Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

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.

Tais dispositivos estão em consonância com o art. 371 do novo CPC, que trata do sistema do livre convencimento motivado do juiz na apreciação das provas constantes dos autos. Apesar de a Lei n. 13.105/2015 ter suprimido o termo *livre* do dispositivo, isso não significa que o juiz não tenha mais liberdade para apreciação da prova. Nesse sentido, Neves (2016, p. 371):

No sistema de persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado, o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. [...].

Mais adiante, acrescenta (NEVES, 2016, p. 372):

Entendo que o Novo Código de Processo Civil manteve o sistema de valoração do livre convencimento motivado, anteriormente previsto no art. 131 do CPC/1973 e atualmente consagrado no art. 371 do Novo CPC, não me impressionando com a supressão do ordenamento processual a todas as referências ao termo livre convencimento e a outras expressões em sentido parelho.

Não obstante, há um conflito entre as regras previstas nos arts. 7º e 23 da LC n. 64/1990 e os princípios dispostos nos arts. 9º e 10 do novo CPC, na medida em que a LC n. 64/1990 permite a decisão com base em fatos não alegados pelas partes. Tal conflito, porém, é apenas aparente.

Os arts. 7º e 23 da LC n. 64/1990, ao permitirem a livre apreciação da prova pelo juiz eleitoral, inclusive atribuindo-lhe o poder de julgar com base em fatos e circunstâncias não indicados, atendem à supraceleridade típica do processo eleitoral. Mas a celeridade não justifica a supressão de oitiva das partes em relação aos fundamentos que não foram por elas alegados.

O juiz pode, na formação de seu convencimento, apreciar livremente as provas produzidas no processo e atribuir-lhes o valor que entender cabível. Contudo, a LC n. 64/1990 não autoriza o desrespeito ao contraditório, pois decisão de ofício ou decisão com base em fatos não alegados é diferente de decisão sem oitiva das partes.

Nesse sentido, o STF julgou improcedente a ADI n. 1.082. Na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Partido Socialista Brasileiro requereu a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 7º e 23 da LC n. 64/1990, sob o argumento de ofensa ao devido processo legal e ao contraditório, na medida em que tais dispositivos autorizam o magistrado a proferir decisões com base em fatos e circunstâncias não alegados pelas partes, bem como a partir de fatos públicos e notórios. Observe-se a ementa do julgado:

PROCESSO – ELEITORAL – ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – JUIZ – ATUAÇÃO. Surgem constitucionais as previsões, contidas nos artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar nº 64/90, sobre a atuação do juiz no que é autorizado a formar convicção atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados ou alegados pelos envolvidos no conflito de interesses.

De acordo com o voto do relator, Ministro Marco Aurélio:

Em síntese, o dever-poder conferido ao magistrado para apreciar os fatos públicos e notórios, os indícios e presunções por ocasião do julgamento da causa não contraria as demais disposições constitucionais apontadas como violadas. A possibilidade de o juiz formular presunções mediante raciocínios indutivos feitos a partir da prova indiciária, de fatos publicamente conhecidos ou das regras da experiência não afronta o devido processo legal, porquanto as premissas da decisão devem vir estampadas no pronunciamento, o qual está sujeito aos recursos inerentes à legislação processual.

Assim, as regras estampadas nos arts. 7º e 23 da LC n. 64/1990 podem e devem ser aplicadas pelo juiz com vistas à celeridade do

processo eleitoral e ao interesse público que lhe é ínsito. Sua aplicação deverá sempre estar norteada pelos princípios processuais basilares do contraditório e da vedação da surpresa, a fim de garantir aos litigantes o respeito ao devido processo legal com a possibilidade de exercer seu direito de defesa e influir efetivamente no convencimento do magistrado.

6 Art. 3º da Resolução n. 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral

Uma importante norma que veio reforçar o entendimento da Suprema Corte expresso na ADI n. 1.082 é a Resolução n. 23.478/2016 do TSE. O art. 3º da resolução em comento expressamente determina a aplicação dos princípios do contraditório e da não surpresa aos processos eleitorais: “Art. 3º. Aplicam-se aos processos eleitorais o contido nos arts. 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)”.

Temos, com isso, três situações:

- A LC n. 64/1990, que permite ao juiz prolatar decisões com base em fatos e circunstâncias não alegados pelas partes. Trata-se de lei anterior e específica.

- O CPC/2015, arts. 9º e 10, que determina a todos os juízes o respeito aos princípios do contraditório e da não surpresa, em consonância com a Magna Carta. Trata-se de lei posterior e geral.

- A Resolução TSE n. 23.478/2016, que determina a aplicabilidade aos processos eleitorais dos arts 9º e 10 do novo CPC. Trata-se de exercício do poder regulamentar, oriundo do poder normativo da Justiça Eleitoral.

Logo, o aparente conflito entre a LC n. 64/1990 e o CPC/2015 foi devidamente resolvido também pelo TSE, por meio da Resolução n. 23.478/2016. O TSE, no exercício de seu poder regulamentar, sanou definitivamente a dúvida existente, determinando expressamente a aplicação dos arts 9º e 10 do novo CPC aos

processos eleitorais, na mesma linha do posicionamento já consagrado pelo STF na ADI n. 1.082.

7 Considerações finais

A aplicação dos princípios, regras e institutos do novo CPC – vigente desde 18 de março de 2016, portanto há pouco mais de um ano – ainda gera muita dúvida. Com isso, a discussão sobre a aplicação dos arts. 9º e 10 ao processo eleitoral ainda é muito incipiente.

Se, no Judiciário, em geral, há uma resistência em compreender que agir de ofício não implica na dispensa da oitiva das partes, na Justiça Eleitoral essa resistência é ainda maior, haja vista a natureza coletiva do Direito Eleitoral e a necessidade de imprimir a maior celeridade possível às ações judiciais.

A aplicação do entendimento esposado na ADI n. 1.082 e na Resolução TSE n. 23.478/2016 exige uma mudança cultural entre os juízes.

Se a Suprema Corte e o TSE já resolveram sobre a aplicabilidade do contraditório e da vedação da surpresa aos processos eleitorais, cabe aos operadores do Direito compatibilizarem as regras e princípios processuais, ainda que aparentemente conflituosos, no curso do processo.

Tendo em vista a necessidade de se estabelecer um diálogo normativo, harmonizando os princípios em questão, parece ser razoável a reforma legislativa, a fim de conceder o prazo comum de 48 horas para as partes e o MPE se manifestarem a respeito dos fatos públicos e notórios e das provas constantes dos autos, mas não alegadas pelos litigantes.

Tal reforma, sem desprezar a relevância das disposições do STF e TSE, representaria, sem dúvida, um marco para o Direito Eleitoral e um avanço para a democracia, por conferir maior efetividade e clareza na aplicação dos princípios do contraditório e da não surpresa ao processo eleitoral.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. *Curso de processo eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1993. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/jose-joaquim-gomes-canotilho-direito-constitucionalpdf.html#>>. Acesso em: 25 maio 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.