



IV. A MOTIVAÇÃO NA DECISÃO JUDICIAL ELEITORAL PÓS CPC/2015

THE MOTIVATION IN THE ELECTORAL JUDICIAL DECISION AFTER CPC/2015

Leonardo Fernandes de Souza*
Fernanda Vanessa Vassoler**
Bruno Smolarek Dias***

Recebido em: 02/11/2017

Aprovado em: 15/12/2017

RESUMO: O presente trabalho visa analisar as consequências do fim do livre convencimento motivado com o advento do Código de Processo Civil de 2.015 e a mudança que causa nas demandas eleitorais. E a incompatibilidade do Art. 23 da Lei Complementar nº 64/90 com os princípios do contraditório e da regra da não surpresa. A metodologia utilizada foi a teórica bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: processo eleitoral, código de processo civil 2015, processo civil eleitoral, motivação.

ABSTRACT: The present work aims to analyze as consequences of the end of the free agreement with the advent of the Code of Civil Procedure of 2,015 and the change it causes in the electoral demands. And the incompatibility of Article 23 of Complementary Law No. 64/90 with the principles of contradiction and the rule of non-surprise. A methodology used for a theoretical bibliography.

KEY WORDS: electoral process, civil process code 2015, electoral civil process, motivation

INTRODUÇÃO

* Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Unipar – Universidade Paranaense, Analista do TRE-PR (Tribunal Regional Eleitoral do Paraná), especialista em Direito Civil e Processo Civil e especializando em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral. E-mail: leonardofernandesdesouza@hotmail.com

** Especialista em Direito Previdenciário pela Unipar – Universidade Paranaense, Analista do TJ-PR (Tribunal de Justiça do Paraná), Assessora lotada em gabinete.

*** Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense Unipar. E-mail: professorbruno@unipar.br

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.165/2015) trouxe uma verdadeira revolução no Direito brasileiro, para o processo civil e também para várias outras matérias que têm nele sua base processual.

O Direito Eleitoral tem o Processo Civil como procedimento padrão, por isso é inquestionável a aplicação de várias consequências trazidas pelo CPC 2015 no Direito Eleitoral (art. 15 do CPC 2015).

Uma parte da doutrina entende que uma das muitas inovações do CPC 2015 está no seu artigo 371 que não repete a expressão livre convencimento motivado, ligando-se assim ao artigo 489 e a uma cientificidade da motivação.

Assim o presente trabalho visa analisar a questão da diferenciação da motivação no CPC de 1973 e no CPC 2015, trazendo a divergência doutrinária que se forma nesse ponto da manutenção ou do fim do livre convencimento motivado.

Avançando o estudo sobre essas modificações no Direito Processual Civil Eleitoral, em especial, o artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90, que amplia os poderes para formulação de convicção, o que garantiu na época o “livre convencimento motivado” na esfera do Eleitoral.

Analisando, ainda, as consequências que a referida mudança da motivação no CPC 2015 traz para a motivação da sentença eleitoral, passando também pela questão da prova eleitoral.

1 A LIVRE MOTIVAÇÃO NO CPC 1973

No CPC 1973 havia previsão expressa do “livre convencimento motivado”, constante do artigo 131 “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

A doutrina diferencia o sistema da livre convicção íntima do sistema da livre convicção motivada. Sendo conceituado o “livre convencimento puro” como o que “[...] confere ao juiz o poder de decidir como bem entender, conforme seu sentimento, sua intuição.

Há total liberdade, para se decidir inclusive contra as provas dos autos”¹, a referida liberdade permite que o juiz decida “pela prova dos autos, fora dela e ainda contra ela.”²

Já a “livre convicção motivada” “[...] decorre da independência intelectual do juiz ante sua interpretação dos fatos e das normas jurídicas, o julgador tem liberdade de apreciação das provas conforme sua convicção [...]”³. Tendo na necessidade de motivação sua principal característica, “[...] explicando, com coerência lógica, as razões que o terão levado a formar seu convencimento nesse ou naquele sentido.”⁴

Assim, a diferença entre a livre convicção íntima e do sistema da livre convicção motivada:

[...] reside na obrigação do juiz fundamentar sua decisão no sistema da persuasão racional, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que fundamentaram sua decisão, obrigação esta que não é exigida no sistema da livre convicção íntima.⁵

Entretanto, o livre convencimento motivado no CPC 1973 na prática não cumpria com efetividade o mandamento legal (art. 131 CPC 1973), com “decisões justificadas irracionalmente”⁶, pois permitiam qualquer tipo de fundamento, até mesmo fundamento sem qualquer vinculação com as provas produzidas nos autos:

Não se ignora que o princípio do livre convencimento motivado foi utilizado muitas vezes, para fundamentar decisões genéricas, que se limitavam afirmar que o juiz não estaria obrigado a rebater um a um os argumentos utilizados pelas partes, quando já encontrasse fundamento suficiente para decidir, ou ainda para justificar a incoerência na aplicação do direito, permitindo ao juiz

¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). v. 2, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 230.

² COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 195.

³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Sociologia do processo civil: as novas lides e o processo civil**. Curitiba: JM Editora, 2013, p. 255.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 718.

⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Processo civil: processo de conhecimento no novo cpc** (lei nº 13.105/2015 e lei nº 13.256/2016), Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 321.

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 627.

a análise da legislação e da jurisprudência de acordo com o seu entendimento subjetivo⁷.

Também é necessário diferenciar o “livre convencimento motivado” do princípio da livre admissão de provas, este, em síntese, refere-se à possibilidade no processo da produção de todos os meios de prova que não estejam vedados pela legislação.

2 A MOTIVAÇÃO NO CPC 2015

No CPC 2015, não foi repetida a previsão do “livre convencimento motivado”, excluindo o advérbio “livre”⁸⁹¹⁰, pois o mesmo “era mal compreendido, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse”¹¹, assim “fica claro que não se admite qualquer carga de irracionalidade, na motivação da decisão judicial em relação às provas.”¹²

Parte da doutrina defende que “o novo Código de Processo Civil, ao retirar qualquer referência ao livre convencimento, consolida e dá amplo destaque ao dever de fundamentação das decisões judiciais.”¹³

Entendendo assim que “não é mais correta, então, a referência ao ‘livre convencimento motivado’, como princípio fundamental do processo civil brasileiro; não é

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 716.

⁸ STRECK, Lênio Luiz. O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**. a. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015, 2015, p. 34.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 249-250.

¹⁰ “Todas as referências ao ‘livre convencimento motivado’ foram extirpadas do texto do Código. O silêncio é eloqüente. O convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado: isso é quanto basta para a definição do sistema de valoração da prova pelo juiz adotado pelo CPC-2015” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol. 2, 10a edição, Salvador: Juspoddivm, 2015, p. 103).

¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Op. Cit., p. 103.

¹² MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 629.

¹³ SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processos civil. In: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 353.

dogmaticamente aceitável, do mesmo modo, valer desse jargão para fundamentar as decisões judiciais.”¹⁴

O fundamento utilizado por essas doutrinas é que a retirada da previsão legal do termo “livre convencimento motivado” se dá porque “não se pode reconhecer ao juiz a possibilidade de, indiferentemente, escolher esta ou aquela prova como sendo capaz de formar seu convencimento, ainda que isto depois seja fundamentado.”¹⁵

Em substituição, a regra da valoração racional da prova foi adotada no art. 371 do CPC 2015. A alteração na questão da regra da valoração da prova da nova legislação processual civil visa trazer mais segurança as decisões judiciais “[...] afastando-se, assim, de excessivas generalizações ou o balizamento em expressões cujo conteúdo semântico seja tão vago que sequer se saiba qual o supedâneo da decisão específica.”¹⁶

Parte da doutrina¹⁷ entende que vige ainda no CPC 2015 o livre convencimento motivado, defendendo que “mesmo em vista da redação do art. 489 do CPC, não é lícito falar em supressão do livre convencimento motivado.”^{18,19}

¹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspoddivm, 2015. v. 2, p. 103.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 249-250.

¹⁶ ANDRADE NETO, João. Controle e judicialização das eleições: a legitimidade de juízes e tribunais eleitorais para decidirem “questões políticas”. In: MORAES, Filomeno. SALGADA, Eneida Desiree. AIETA, Vânia Siciliano. **Justiça eleitoral, controle das eleições e soberania popular**. Curitiba: Ithala, 2016, p. 383.

¹⁷ No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 434.

¹⁸ ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de processo civil: parte geral**, Tomo I, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 206.

¹⁹ Art. 489 do CPC 2015. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Entretanto, no posicionamento doutrinário da permanência do “livre convencimento motivado” no CPC 2015, se percebe que o mesmo não pode ser apresentado no CPC 2015 da mesma forma que era no CPC 1973. Deve ser reinterpretado com base em um processo civil que se debruça sobre o contraditório (art. 10 do CPC 2015) e a cientificidade da motivação (art. 489 do CPC 2015), pois, a “liberdade do juiz de convencer-se sobre os fatos não se confunde com arbitrariedade para apreciar apenas aquilo que corrobora a decisão proferida.”²⁰

Necessário se faz ressaltar que retirada do “livre convencimento motivado” não significa que vige no CPC 2015 a prova tarifada²¹, pois “não existe vinculação do julgamento com provas tarifadas, cujo valor seja previamente determinado pelo texto legal e que imponham o dever de o juiz decidir de determinada forma.”²²

A visão adotada pelo CPC 2015 na valoração da prova está intimamente ligada ao contraditório, pois “a garantia da motivação, com efeito, é inseparável do contraditório”²³. A questão do contraditório recebe uma reformulação no CPC 2015, no capítulo que trata das normas fundamentais do processo civil destaca-se a regra²⁴ da não surpresa. Essa regra veda o juiz decidir, com base em fundamento que não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, mesmo que se refira a matéria sobre a qual deva decidir de ofício, conforme artigo 10 do CPC 2015.²⁵

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé

²⁰ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. coleção Eduardo Espínola, coordenador Fredie Didier Júnior. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 129.

²¹ O sistema da certeza legal, também chamado de “prova tarifada”, surgida no século XVIII, “retirou do juiz qualquer possibilidade de valoração da prova, eis que esta seria valorada pela própria norma” (PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Sociologia do processo civil: as novas lides e o processo civil*. Curitiba: JM Editora, 2013, p. 255), recebendo esse sistema muitas críticas, pois “[...] não poderia a normal legal esgotar todos os meios de expressão da verdade dos fatos e tampouco não poderia efetuar o controle de veracidade da expressão formal do fato” (Ibid., p. 255).

²² ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de processo civil**: parte geral, Tomo I, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 206.

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al.. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 718.

²⁴ Filia-se ao posicionamento de tratar-se de regra e não de princípio.

²⁵ Art. 10 do CPC 2015. 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.

A primeira parte do artigo 371 do CPC 2015 coloca como regra que “o juiz apreciará a prova constante dos autos”, a prova deve constar nos autos, pois isso demonstra que “a prova passou pelo contraditório, se não estiver, isso significa que ao menos uma das partes não pôde participar da sua valoração, muito menos manifestar-se sobre a prova produzida”²⁶.

Assim, “se a prova colhida sem a participação da parte contra quem deva operar, mínimo ou quase nenhum tem de ser o seu valor. O juiz, se possível, deve mandar repeti-la para que assim se obedeçam aos postulados e garantias do contraditório.”²⁷

Ressalta-se, ao contrário do que possa parecer no artigo 371, que o CPC 2015 permite sim a utilização da prova emprestada por força do seu artigo 372, desde que observado o contraditório dessa prova pelas partes.²⁸

A crítica a regra do livre convencimento nos moldes do CPC 1973 é de que “[...] possibilita uma postura ativista do Poder Judiciário, e tal postura deve ser combatida, pois permite uma lamentável atuação pragmática dos juízes nacionais”²⁹.

A crítica assim se baseia na liberdade da valoração das provas na regra do livre convencimento motivado:

[...] essa valoração é feita preponderantemente pelo juiz, a quem poucos e específicos parâmetros valorativos são impostos pela lei; o juiz aprecia os elementos probatórios, menos considerando aprioristicamente as fontes ou meios de prova como categoria abstratas (prova testemunha, prova documental, prova pericial) e mais sob a influência que cada prova efetivamente produzida possa exercer sobre seu espírito crítico³⁰.

Ficando assim evidente o perigo advindo de um “livre convencimento motivado” sem parâmetros e que aceita motivações incompletas, “o princípio da convicção liberal,

²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspoddivm, 2015. v. 2, p. 103.

²⁷ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999. v. 3, p. 353.

²⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Processo civil: processo de conhecimento no novo cpc (lei nº 13.105/2015 e lei nº 13.256/2016)**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 330.

²⁹ SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processos civil. In: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 352.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3, p. 101.

poderia, pelo menos no plano da teoria redundar em exacerbado subjetivismo, uma vez que o próprio julgador livre para sentenciar, seria naturalmente induzido a não se autocontrolar”³¹.

Em contraponto, no CPC 2015 “a aferição da racionalidade do convencimento do juiz ocorre mediante a análise da fundamentação da sentença no que tange à prova”³². Estando presente no CPC 2015 uma maior cientificidade na valoração e na motivação feito pelo juiz.

3 O ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90

Na esfera do processo eleitoral o artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades) determina 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”. O presente artigo refere-se não apenas ao tribunal, mas também ao julgador, ou seja, o juiz eleitoral em primeira instância.

A forma de convicção do artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 têm base no parágrafo único do artigo 7º da mesma lei: “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”. Sendo que está norma traz “livre convencimento motivado” para o julgamento nos processos que envolvam matéria eleitoral, mas isso foi feito para estar de acordo com a regra vigente no CPC 1973 que vigorava à época.³³

Os artigos citados têm a pretensa finalidade de “emprestar maior efetividade ao processo de cognição eleitoral”³⁴, pois permitem “se os fatos não estão nos autos, ainda que não ventilados pelas partes, o juiz possui a faculdade de conhecê-los quando entendê-los

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 103.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2, p. 435.

³³ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de inelegibilidade comentada**: legislação e jurisprudência atualizadas, leis da ficha limpa e da minirreforma eleitoral. São Paulo: Atlas, 2014, p. 95.

³⁴ COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada**: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 154.

relevantes à sua convicção de julgador.”³⁵ Ou seja, o julgador pode “formar livremente sua convicção, incluindo aí elementos não constantes do processo e que, portanto, não passaram sob o crivo do contraditório.”³⁶

A convicção do juiz da forma que disciplina o artigo 7º, parágrafo único e o artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 “[...] jamais seria possível no processo civil comum, pois aqui o juiz deve ater-se ao mundo dos autos: o que não está nos autos não está no mundo”³⁷.

Não se deve confundir a liberdade dada pela Lei Complementar nº 64/90 com a autorização do art. 375³⁸ do CPC 2015 que permite a utilização pelo juiz das regras de experiência (comum ou técnica), pois “a regra de experiência implica em uma dedução que se extrai do fato provado. [...] A máxima, contudo, deve ser testada e justificada, isso é, a máxima não pode ser mera ilação, ou suposição”³⁹.

A doutrina eleitoral alerta que na utilização do artigo 7º, parágrafo único e o artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 “[...] para decidir as lides eleitorais, há mister que o magistrado esteja sintonizado com o contexto político ao seu redor, sob pena de cometer injustiça”⁴⁰

Entretanto, ao se analisar a prática eleitoral o que se vê é que estes artigos “[...] tem servido para, em todas as ações eleitorais (mesmo as não prevista na Lei das Inelegibilidades), justificar a não apreciação de todas as alegações das partes na decisão e, ainda, afastar o resultado das urnas pelo ‘conjunto da obra.’”⁴¹

³⁵ COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Impacto do novo cpc nos processos eleitorais IN LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito eleitoral**. Coleção repercussões do novo cpc v. 12, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 48.

³⁶ SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processos civil. In: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 340.

³⁷ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 650

³⁸ Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

³⁹ MEDINA, 2017, p. 630.

⁴⁰ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 650.

⁴¹ SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processos civil. In: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 340.

Houve um excesso do legislador na confecção do art. 23 da LC 64/90⁴², ao conceder uma extensão tão grande de poderes, pois autorizou ao “juiz eleitoral formar sua convicção ancorada em fatos que sequer tenha vindos aos autos, portanto, fatos sobre os quais não tenha sido oportunizado às partes o seu conhecimento, para que sobre eles se manifestassem em matérias de defesa”⁴³.

Delimitar o alcance dos poderes que o art. 23 da LC 64/90 outorga se torna tarefa árdua com expressões abertas que possibilitam todo tipo de interpretação:

Difícilmente há quem consiga descrever com objetividade o que seria ‘o interesse público e a lisura eleitoral’, como também o universo de ‘fatos públicos e notórios’ e de ‘indícios e presunções’ é algo que não se pode mensurar com exatidão onde estão e como as partes terão acesso aos mesmos de forma que o devido processo legal seja respeitado⁴⁴.

Os problemas ocasionados da prerrogativa do livre convencimento na esfera do processo eleitoral na apreciação da prova sem respeito ao contraditório são ilustrados pelos seguintes exemplos:

Com efeito, algumas decisões da Justiça Eleitoral têm causado perplexidade pela forma, por exemplo, como a prova é delimitada: admitem-se gravações clandestinas, a prova testemunhal é valorizada ao extremo, chegando-se, em muitas oportunidades, a ter eleições majoritárias anuladas, mandatos cassados, inelegibilidades impostas, tudo com fundamento na compra de um único voto, fato comprovado através de uma única prova testemunhal⁴⁵.

A lei nº 13.165 de 2015 introduziu no Código Eleitoral o artigo 368-A⁴⁶ que proíbe a prova testemunhal singular nos processos que possam levar à perda do mandato, mas o citado artigo “[...] não parece trazer nenhuma mudança significativa no sentido de garantir que a

⁴² (COSTA, 2016, p. 410)

⁴³ COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada**: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 154.

⁴⁴ NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na justiça eleitoral**: lei de inelegibilidade e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015, p. 132.

⁴⁵ COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada**: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 121.

⁴⁶ Art. 368-A. A prova testemunhal singular, quando exclusiva, não será aceita nos processos que possam levar à perda do mandato.

soberania popular seja desconstituída somente quando houver provas suficientes de seu desvirtuamento, como deveria ocorrer”⁴⁷.

O artigo 368-A do Código Eleitoral permite por exemplo, que duas testemunhas (a vedação legal apenas se refere a prova testemunhal singular) sejam usadas como únicas provas para um julgamento que desconsidere a decisão popular cassando candidato eleito através do voto, sendo que “a insuficiência da prova testemunhal, mesmo quando não singular, como elemento único de prova dos fatos alegados é reconhecida em todas as outras áreas do direito”⁴⁸.

Referente a prova eleitoral em específico, “ela surge frequentemente encoberta por uma nuvem de fumaça que dificulta a formação do convencimento; o que, por sua própria natureza, é mais intenso e relevante quando se trata de prova testemunhal.”⁴⁹

O art. 23 da LC 64/90 traz permissão para basear exclusivamente decisões em fatos notórios e presunções mesmo que não advindas de fatos provados. Os fatos notórios na esfera processual “são acontecimentos geralmente conhecidos ou que podem ser facilmente conhecidos por qualquer pessoa, a partir de uma normal estrutura de informações”⁵⁰, ressalta-se por exemplo que “a mera divulgação do fato pela imprensa nem sempre basta para ser um acontecimento considerado notório”⁵¹. Já a presunção é uma prova indireta “no qual o juiz, ou o legislador, tira de um fato conhecido a demonstração da existência de um outro fato”⁵².

O julgamento por indícios e presunções de forma indiscriminada “[...] parece caminhar justamente no sentido contrário do objetivo da legislação e da atuação da Justiça Eleitoral”⁵³.

⁴⁷ SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processos civil. In: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 349.

⁴⁸ Ibid., p. 349.

⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Breve anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito eleitoral**. Coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 12. p. 128.

⁵⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 350.

⁵¹ Ibid, p. 349.

⁵² MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. Campinas: Millennium, 1999, p. 431.

⁵³ SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processos civil. In: TAVARAES,

O resultado da aplicação da regra do artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 é de que “não há previsibilidade, não há segurança jurídica, não há confiança legítima, não há contraditório, não há ampla defesa, não há devido processo legal no âmbito jurídico e jurisdicional [...]”⁵⁴. O que gera questionamento quanto a constitucionalidade do referido artigo.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90

Em 15 de junho de 1994, foi intentada a ADIN nº 1.082 pelo Partido Socialista Brasileiro PSB com o objetivo de que fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 23 da Lei Complementar 64/90.

A presente ação tinha pedido de liminar, que foi negada em 1º de julho de 1994 pelo seu relator, o Ministro Néri da Silveira, tendo como especial base o artigo 131 do CPC 1973⁵⁵. O processo então permaneceu por quase vinte anos em trâmite:

Em 17 de novembro de 1994, o relator envia os autos à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República, sucessivamente. A AGU responde em 7 de fevereiro de 1995, sem novos argumentos, defendendo a constitucionalidade dos dispositivos. No mesmo dia, o processo é encaminhado à PGR, que só responde em 13 de novembro de 2001, [...]. Concluso ao relator em 13 de novembro de 2001, em 3 de abril de 2002 o Ministro Néri da Silveira apresenta o relatório e pede dia para julgamento. Em 22 de abril o feito foi apresentado, mas “o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora”. O processo foi distribuído ao Ministro Gilmar Mendes, que alegou impedimento em 30 de abril de 2003, por ter atuado como Advogado-Geral da União no processo. Em 7 de maio, o presidente determina a redistribuição, e o processo vai ao Ministro Maurício Correa, que o recebe em 14 de maio, mas assume a presidência do STF. O novo relator é o Ministro Marco Aurélio, segundo movimentação processual de 11 de junho de 2003. Apenas em 15 de maio de 2012, há pedido para inclusão em pauta do processo, e o julgamento se dá em 22 de maio de 2014⁵⁶.

André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 347.

⁵⁴ Ibid, p. 343.

⁵⁵ Ibid, p. 341.

⁵⁶ SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processos civil. In: TAVARAES,

O julgamento só foi efetivado em 22 de maio de 2014, com a declaração da constitucionalidade dos referidos artigos:

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.⁵⁷

O que se extrai do acórdão é a permissão para “[...] que haja decisão por perda de mandato e imposição de pena de inelegibilidade por argumento não submetido ao contraditório, em clara ofensa aos princípios basilares do Estado de Direito”⁵⁸. Pois na decisão judicial “o convencimento do juiz deve ser alimentado por elementos concretos vindos exclusivamente dos autos, porque o emprego de outros, estranhos a estes, transgrediria ao menos as garantias do fator de insegurança para as partes”⁵⁹.

Nesse ponto a regra da não surpresa (art. 10 do CPC 2015) faria com que o fato externo devesse ser conhecido pelas partes a tempo de que as mesmas pudessem exercer o contraditório.

Parte da doutrina, embasada na decisão da referida ADIN nº 1.082, proclamam a ampla aplicação do “livre convencimento motivado” ao processo eleitoral mesmo após a assunção do CPC 2015: “a livre apreciação dos fatos e provas trata-se de norma expressa contida no artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90, que irradia por todo o processo eleitoral [...]”⁶⁰. Entende essa doutrina que no processo eleitoral “Acolhe-se o sistema da persuasão

André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 341.

⁵⁷ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de Inconstitucionalidade 1.082-DF, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1082&processo=1082>, acessado dia 08.04.2017.

⁵⁸ SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. Op. cit., p. 343.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3, p. 106.

⁶⁰ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Impacto do novo cpc nos processos eleitorais IN LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito eleitoral**. Coleção repercussões do novo cpc v. 12, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 48.

racional, na medida em que, conquanto possa acolher fatos e circunstâncias não alegados pelas partes, o julgador deve sempre fundamentar o *decisum*”⁶¹.

Analisando a legislação eleitoral tendo como base a constituição, chega-se a conclusão que “[...] não se pode julgar procedente nenhum pedido de cassação de registro ou perda de mandato, em termos práticos, sem que se tenha um mínimo de prova de qualquer tipo de abuso de poder em seu sentido mais amplo possível”⁶².

O artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 deve ser analisado com base nas alterações legislativas trazidas pelo CPC 2015⁶³⁶⁴.

O que faz evidenciar uma afronta direta do artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 ao artigo 10 do CPC 2015, a norma geral revoga a específica em função do respeito do critério hierárquico, não sendo aceitável o argumento de prevalecer a norma da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90) por ser norma especial, pelo fato do artigo 10 do CPC 2015 provêm diretamente do artigo 5º, LV da Constituição (“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”).

Assim filia-se ao entendimento da revogação do artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90, pois “[...] o novo Código de Processo Civil revoga tacitamente tais dispositivos, haja vista que a parte processual pode ser alterada por lei ordinária”⁶⁶.

Sujeitando assim a Lei Complementar nº 64/90 ao Código de Processo Civil 2015 e a própria Constituição Federal, que é a fonte primária da ampla aplicação do contraditório.

⁶¹ ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 524.

⁶² SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Abuso do poder nas eleições**: ensaios. 2a ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 28.

⁶³ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; MEZZARROBA, Orides. Conceitos jurídicos indeterminados no direito eleitoral: um olhar a partir da necessidade de fundamentação das decisões judiciais prevista no novo código de processo civil. IN: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, p. 381-398, 2016, p. 396.

⁶⁴ AGRA, Walber de Moura. **Manual prático de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 222

⁶⁵ BORBA, Adriano Meireles. O novo cpc e o direito eleitoral: imptacto, prazo e provas no processo eleitoral IN LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito eleitoral**. Coleção repercussões do novo cpc v. 12, Salvador: Juspodivm, pág. 15-32, 2016, p. 18.

⁶⁶ SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processos civil. In: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 357.



CONCLUSÃO

O CPC 2015 consagra o fim do livre convencimento motivado (que predominava no CPC 1973), impedindo assim que o juiz possa utilizar livremente de qualquer argumento, até os que não condizem em relação às provas apresentadas.

O juiz após o CPC 2015 inclusive nas questões eleitorais está adstrito a apresentar seus argumentos de forma racional e adstritos as provas apresentadas, ou seja, convencimento motivado que respeita o que foi produzido nos autos pelas partes.

A referida aplicação do CPC 2015 atinge em cheio o já questionado art. 23 da Lei Complementar nº 64/90, a livre apreciação das provas que consta neste artigo deve ser analisada com os artigos do CPC 2015. Assim o Juiz nas questões deve analisar a matéria que tenha passado pelo contraditório de ambas as partes, assim como já ocorre no processo civil. Importante ressaltar que não se restringe a busca pela prova, mas determina que essa busca leve a um julgamento que respeite os princípios processuais.

O contraditório e a regra da “não surpresa” constantes do CPC 2015, nada mais fazem que aplicarem a própria Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual prático de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ANDRADE NETO, João. Ponderação e dever geral de fundamentação no Direito Eleitoral IN: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, p. 359-379, 2016.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de processo civil: parte geral**, Tomo I, São Paulo: Malheiros, 2016.

BORBA, Adriano Meireles. O novo cpc e o direito eleitoral: impacto, prazo e provas no processo eleitoral IN LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito eleitoral**. Coleção repercussões do novo cpc v. 12, Salvador: Juspodivm, pág. 15-32, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 24.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Impacto do novo cpc nos processos eleitorais IN LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito eleitoral**. Coleção repercussões do novo cpc v. 12, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 17

COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada**: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral brasileira para a cassação de mandatos eletivos. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Rápida anotação sobre o julgamento por presunção da lc 64 e o novo código de processo civil. IN LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito eleitoral**. Salvador: Juspodivm, coleção repercussões do novo cpc v. 12, p. 55- , 2016.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 10. Ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo, Saraiva e Cia, 1946.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol. 2, 10a edição, Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol III, 4a ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; MEZZARROBA, Orides. Conceitos jurídicos indeterminados no direito eleitoral: um olhar a partir da necessidade de fundamentação das decisões judiciais prevista no novo código de processo civil. IN: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, p. 381-398, 2016.

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

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2a. ed., Salvador: Juspodivm, coleção Eduardo Espínola, coordenador Fredie Didier Júnior, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, 2. vol., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. Campinas: Millennium, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao cpc/1973. 4a edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na justiça eleitoral**: lei de inelegibilidade e interpretação teleológica. Curitiba: Juruá, 2015.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Processo civil**: processo de conhecimento no novo cpc (lei nº 13.105/2015 e lei nº 13.256/2016), Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

_____. **Sociologia do processo civil**: as novas lides e o processo civil. Curitiba: JM Editora, 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de inelegibilidade comentada**: legislação e jurisprudência atualizadas, leis da ficha limpa e da minirreforma eleitoral. São Paulo: Atlas, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BERNADERLLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus a fundamentação analítica exigida pelo novo código de processos civil IN: TAVARAES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processos civil**. Belo Horizonte: Fórum, p. 335-358, 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Abuso do poder nas eleições**: ensaios. 2a ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 52, número 206, abr/jun. 2015, p. 33-51, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). volume 2, 16. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.



REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al], coordenadores. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Breve anotações sobre prova no processo eleitoral à luz do novo código de processo civil. IN LUCON, Paulo Henrique dos Santos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Direito eleitoral**. Coleção repercussões do novo cpc v. 12, Salvado: Juspodivm, pág. 125-136, 2016.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.