



A tutela de evidência e sua aplicação nas eleições de 2018

DESEMBARGADORA ELEITORAL

CRISTIANE DE MEDEIROS BRITO CHAVES FROTA



A aplicação da Tutela Provisória de Evidência instituída pelo art 311 do novo CPC, nos processos de registros de candidatura, gerou importante e consistente divergência nas Eleições Gerais de 2018.

A grande questão seria a compatibilidade na aplicação desta modalidade de tutela nos processos eleitorais, à luz da regra insculpida na Lei 9.504/97, reguladora das eleições, que dispõe expressamente em seu artigo 16-A sobre a possibilidade de o candidato praticar todos os atos de campanha, inclusive se utilizando do tempo de rádio e televisão e nome na urna, enquanto persistir *sub judice* seu registro de candidatura.

A tutela de evidência, diversamente das demais tutelas cautelares, não tem por escopo a urgência na medida liminar, *periculum in mora*, mas sim o elevado grau do êxito no resultado do processo, ou seja, um direito que de tão notório exige uma rápida proteção jurisdicional. Seria a quase certeza do direito alegado.

Acerca da evidência do direito, o eminente processualista Min. Luiz Fux leciona que envolve situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*, aliada à injustificada demora ao longo de todo o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, porquanto injusta a espera determinada.¹

Nas eleições de outubro passado, os Tribunais Eleitorais se posicionaram de forma distinta ao tratar a matéria quando da apreciação dos registros de candidaturas. Alguns Tribunais Regionais, como por exemplo, do Rio de Janeiro, entenderam pela possibilidade de se antecipar os efeitos do indeferimento de registro pela instância originária, aplicando de imediato seus efeitos, afastando, assim, a regra geral expressa no art. 16-A, da Lei das Eleições.

Sem qualquer dissenso quanto à possibilidade de sua concessão, a divergência lastreou-se tão somente nas hipóteses de sua concessão. Os defensores da tutela de evidência, antecipatória dos efeitos do indeferimento de registro de candidatura, dividiram-se em duas correntes quanto ao critério adotado para análise de sua concessão. Uma corrente seguiu a linha de um critério subjetivo para aferição de uma suposta inelegibilidade, estabelecendo um juízo de valor, com uma densa análise das circunstâncias concretas de cada caso. Já uma segunda corrente, em atenção ao artigo 16-A, seguiu uma linha mais garantista, concedendo a tutela de evidência apenas aos casos em que se verificasse, de plano, que o registro do candidato estava maculado por ilegalidade flagrante, constatada por meio de critério objetivo, calcado em direito evidente, contra o qual não paire dúvida razoável, conforme intenção da própria norma legal do art. 311, do Código de Processo Civil, como no caso de falta de uma das condições de elegibilidade elencadas no art. 14 da Constituição Federal.

A última posição, à qual aderi, me pareceu mais acertada pois a concessão de tutela dessa natureza deve limitar-se a casos excepcionais. Isso porque, como dito, a regra insculpida no art. 16-A da Lei das Eleições prestigia o direito à elegibilidade, direito fundamental do cidadão, que, em regra, somente poderá ser afastado do processo eleitoral quando sobrevier o trânsito em julgado da decisão que indeferiu o seu registro de candidatura.

O Tribunal Superior Eleitoral, em exame da matéria, manifestou-se trazendo à colação uma terceira análise, que não se limitou às perspectivas de critérios objetivos ou subjetivos, mas pautada no respeito à autoridade do duplo grau de jurisdição.

Em seu minucioso voto o Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho, ao rechaçar a aplicabilidade da tutela de evidência, destacou a inequívoca opção do legislador pelo duplo grau de jurisdição, no que tange às decisões que resultem em cassação de registro ou perda de mandato eletivo, quando afastou a incidência da regra geral ao inserir o parágrafo 2º ao art. 257, do Código Eleitoral.

Assim, entendeu razoável conceder tratamento próximo (duplo grau de jurisdição) aos indeferimentos de registros de candidatura. No caso das eleições gerais, a orientação foi no sentido de permitir os atos de campanha até o exame da matéria pelo TSE, como instância revisora, independente do recurso cabível (especial ou ordinário).

Em outras palavras, para as eleições gerais de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral caminhou no sentido da necessidade de se guardar o exame do registro pelo TSE, o que, via de regra, incompatibilizaria a antecipação dos efeitos da tutela de evidência.

Por outro lado, para os registros de competência originária da Corte Superior, dado que se está a prestigiar não propriamente a via processual, mas o duplo grau de jurisdição (assim compreendida como aquela prestada dentro da estrutura da Justiça Eleitoral), os registros não se acobertam pelo manto do art. 16-A da Lei nº 9.504/97, como assentado no julgamento do Requerimento de registro de candidatura ao cargo de Presidente da República nas Eleições 2018 apresentado por Luiz Inácio Lula da Silva pela Coligação "O Povo Feliz de Novo" (PT/PC do B/PROS).²

¹FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 305-306.

²Registro de Candidatura nº 060090350, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/09/2018)

Expostos os respeitosos entendimentos acima, entendo que a tutela de evidência nas ações de registros de candidaturas poderá ser concedida nos casos em que se constatar que o registro do candidato é maculado por ilegalidade flagrante, que seja constatada de plano e por meio de critério objetivo. Ademais, não se deve vislumbrar perspectiva de alteração no quadro fático que originou a inelegibilidade, tampouco probabilidade concreta de entendimento diverso por instância superior, sopesados os bens constitucionais envolvidos.

Os Imperativos do Equilíbrio e da Serenidade na Função Judiciante

REIS FRIEDE

Estamos vivendo tempos extraordinariamente difíceis em nosso país. Politicamente, superamos o trauma de duas das eleições presidenciais mais polarizadas de nossa história: a de 2014 (com resultados, no mínimo, contestáveis), - e com a excepcionalidade do *impeachment* da então Presidente da República no curto período de pouco mais de um ano do exercício de seu segundo (e conturbado) mandato presidencial -, e a de 2018, que conseguiu trazer a nação de volta aos trilhos democráticos.

Porém, permeando essa sorte de solavancos na esfera política, uma preocupante recessão econômica emergiu, - e continua a produzir efeitos, apesar de o país já ter voltado ao rumo do crescimento -, como combustível para uma crise político-institucional que acabou por conduzir o Poder Judiciário a um inédito e extraordinário *protagonismo* (sem precedentes na história republicana), entremeados de persistentes (e inquietantes) conflitos com o Poder Legislativo, desconsiderando não somente que, se a *magistratura é essencial* à democracia, o *parlamento* igualmente o é, sob pena, como bem adverte JOAQUIM FALCÃO (*Congresso e Supremo podem fazer Gol Contra*; O Globo, 16/12/2016, p. 3), de trocarmos uma necessária (e concreta) *Constituição Normativa* por uma abstrata (e inefetiva) *Constituição Semântica*.

Também, resta fundamental destacar que o ineditismo dessa nova forma de atuação do Judiciário, no contexto de um surpreendente (e perseverante) quadro de incontáveis denúncias de corrupção, tem conduzido a um igualmente excepcional grau de exigência quanto à atuação por parte de seus membros, que transcende (em muito) toda a experiência acumulada em cerca de 30 ou 40 anos de existência de uma Justiça relativamente independente em nosso País.

Nesse cenário, *equilíbrio e serenidade* se constituem no binômio fundamental a ser necessariamente observado por todos os juízes, em todos os juízos e tribunais brasileiros.

“O Poder Judiciário se constitui, acima de tudo, em árbitro em processos de conflito e jamais em ator responsável por dar causa ao próprio conflito; situação que se apresenta quando passa a interferir, às margens dos estreitos limites de sua competência constitucional, na própria dinâmica funcional dos Poderes Legislativo e Executivo.” (Ministro GILMAR MENDES; O Estado de São Paulo, 16/12/2016)

Somente obteremos êxito na superação desse grandioso desafio se os membros da magistratura nacional compreenderem o elevadíssimo grau de responsabilidade de suas novas (e renovadas) funções e, acima de tudo, o impacto (efetivo e potencial) de suas respectivas ações no mister do desempenho de suas atribuições constitucionais.

É oportuno mencionar que a prestação jurisdicional não se esgota apenas na rigorosa observância da Constituição e das leis que com ela convergem, posto que a atuação do julgador deve ser necessariamente legitimada, ao mesmo tempo em que deve possuir um incontestado conteúdo ético.

Nunca é demais lembrar que o substrato *deontológico* da magistratura encontra-se presente no processo de legitimação do próprio juiz e, por efeito, de seu poder jurisdicional, não obstante ser sempre verdadeiro o fato de que a legitimidade do magistrado transcende a simples valoração subjetiva, implícita na *ética* e na *moral social*, para se fundar, não só no procedimento de recrutamento e seleção, mas, sobretudo, no resultado de sua *atuação criativa*, - porém umbilicalmente fundamentada em preceitos técnico-jurídicos (art. 93, IX, da CF) -, que objetiva, em última análise, transformar o *direito objetivo abstrato* em *norma sentencial concreta e efetiva*.

Ademais, resta imperativo que todos os membros da judicatura compreendam que o cerne da questão da *justiça*, na qualidade de elemento *axiológico do direito*, não se encontra propriamente na valoração genérica e *egocentricamente* livre de cada julgador, mas, ao reverso, no rigor da aplicação racional da lei de forma *serena, equilibrada e, fundamentalmente, isenta, imparcial e impessoal*.

“O juiz não é livre para decidir, posto que decide sempre com fundamento na Constituição e nas leis que convergem com o texto constitucional. Os juízes, em verdade, são apenas livres de pressões externas para

julgar, considerando as garantias da magistratura asseguradas na Carta Política.” (Ministro DIAS TOFFOLI em entrevista ao jornalista ROBERTO D’ÁVILA, Globo News, 12/12/2016)

É sempre válido registrar que a legitimidade democrática do magistrado não resulta de uma exclusiva delegação *a priori* (como na hipótese dos cargos eletivos), mas, ao contrário, de um mecanismo que se opera sempre (e conclusivamente) *a posteriori*, através da produção da lei *inter partes*, vinculada inexoravelmente ao absoluto respeito em relação à matriz jurídica básica, de natureza legislativa, que lhe é posta pelo direito constitucional e infraconstitucional vigente. Tal preceito resta tão importante que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), preocupado com os constantes julgamentos procedidos por *sentenças genéricas* e com base em conceitos *peculiares relativos ao legal e ao justo*, estabeleceu expressamente, em seu art. 489, *restrições inéditas* à pretensa liberdade de decidir dos juízes, remodelando, inclusive, a arquitetura construtiva dos julgados (e de suas explícitas motivações) e expurgando definitivamente a possibilidade de decisões judiciais contaminadas por *concepções pessoais absolutas e soberanas*.

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

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

(...)

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial (...) 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 (...)

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.

§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.

(...)”

Não é por outro motivo que a fundamentação (necessariamente) *técnica* das decisões judiciais sempre foi e, de forma mais *marcante e explícita*, continua a ser (inafastavelmente) obrigatória, constituindo-se, inclusive, em uma insuperável garantia constitucional, na exata medida em que o próprio parâmetro vinculativo do poder do juiz exterioriza-se, precisa e pontualmente, na formulação das pertinentes razões de decidir, por ser exatamente nesse momento que o julgador torna transparente (e público) que respeitou o *devido processo legal*.

“(...) o mínimo que se espera é que o Judiciário aja de acordo com a lei (...) convencer os magistrados de que sua opinião pessoal não é lei ainda é missão inconclusiva e árdua.” (SILVIA CORREIA; O Resistente Judiciário, O Globo, 13/10/2016, p. 15)

Jamais devemos nos esquecer de que não é propriamente o juiz quem *julga*, e sim o Estado-juiz que aquele representa, defluindo desse fato a conclusão lógica de que não há espaço para o exercício de um condenável *protagonismo individual* eivado de vaidades (ou mesmo de outros pecados da alma), - e, muito menos, de um *solipsismo judicial congênito* -, sendo certo, ainda, que as consequências (e os efeitos político-jurídicos) de uma decisão judicial devem ser sempre ponderadas, integrando-se, necessariamente, ao seu processo de elaboração conclusiva.

“As consequências de uma decisão judicial devem ser sempre consideradas e, portanto, fazer parte da construção de sua elaboração.” (DENIS LERRER ROSENFELD; Esculhambação Institucional, O Globo, 12/12/2016, p. 12)

Vale advertir, em tom sublime e conclusivo, que a missão primordial do Judiciário é a obtenção da paz *social*. Cumpre, portanto, ao Poder Judiciário, de forma cogente e insuperável, a resolução (administração) dos conflitos, com a consequente *pacificação* da sociedade, e não, de forma diametralmente oposta, como desejam (em seu atuar) alguns juízes, a exacerbação dos *ânimos*, em nome de uma utópica (e desautorizada) imposição de seus (subjetivos) postulados de justiça, muitas das vezes supostamente obtidos (e indevidamente incorporados ao patrimônio intelectual do magistrado) por intermédio de um suposto (porém, inexistente) *direito alternativo*.

“Em uma democracia os juízes não devem ser submissos às leis, sob risco de se transformar o Estado de Direito em um Estado de Juízes.” (EROS ROBERTO GRAU; Juízes que Fazem as suas Próprias Leis, O Globo, 11/12/2016, p. 15)

Outrossim, é sempre válido rememorar que o povo não é (em verdade) soberano, uma vez que *soberanos* são, em essência, os *valores* em que se fundam uma *democracia* e, por consequência lógica, uma sociedade autenticamente democrática. Esses valores se encontram, sempre e necessariamente, consagrados na Constituição (na qualidade de fruto do Poder Constituinte originário que formalizou os verdadeiros ideais de um povo, concebendo uma autêntica Nação), cabendo, em última análise, ao Poder Judiciário a extraordinária tarefa de defendê-los, inclusive ao eventual arrepio da oscilante vontade popular (momentaneamente *majoritária*).

Por fim, vale registrar que o Poder Judiciário representa, por meio de seus juízes, a última esperança de um povo sem esperança e, nesse sentido, todos os olhos da sociedade encontram-se naturalmente voltados em torno da expectativa de uma *correta, serena e equilibrada* atuação de todos os membros da magistratura, sem qualquer exceção ou exclusão.

Postura Judiciante: o Silêncio é Sagrado, e é de Lei

REIS FRIEDE

Estamos vivendo novos tempos de extraordinário protagonismo da Justiça e, em especial, do Poder Judiciário.

A crise política que o país recentemente atravessou permitiu criar um autêntico ineditismo histórico que projetou a Justiça brasileira, e o Poder Judiciário Federal em particular, a um novo patamar funcional, outorgando-lhes uma responsabilidade extremamente importante: prover a imprescindível estabilidade institucional ao País, em uma situação muito assemelhada a de um autêntico poder moderador, tal como exercido (outrora) pelo Exército Brasileiro.

Todavia, exatamente como ocorrera em diversos momentos da história nacional, tal peculiar encargo necessita estar (obrigatoriamente) associado a um atuar sereno e equilibrado, desprovido de paixões e vaidades, assim como daqueles antigos pecados que comprometeram, sobremaneira, a necessária lucidez inerente à atuação isenta e imparcial (e rigorosamente dentro da lei e da ordem constitucional) dos protagonistas do passado.

"Quando comecei a advogar, em 1957, o Poder Judiciário e o Ministério Público exerciam com competência e discricção suas funções, não buscando as luzes da ribalta e da admiração popular, com o que sempre foram extremamente respeitados." (IVES GANDRA DA SILVA MARTINS; A Advocacia e o Ministério Público, O Globo, 03/06/2017, p. 17)

O atual estágio da democracia brasileira não permite, - e muito menos recomenda -, que a Justiça brasileira, como bem adverte o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro DIAS TOFFOLI, venha a cometer "os mesmos erros dos militares em 1964", através de um "exagerado ativismo" e de uma perigosa tendência de "criminalizar a política" (ou a classe política) como um todo, até porque a mesma representa, em última análise, o fundamento e o alicerce da própria democracia.

O que se pode (e se deve) fazer, ao reverso, é criminalizar, correta e individualmente, a conduta dos agentes públicos que se apropriam de suas respectivas posições para praticar delitos graves, independentemente de serem integrantes dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, ou mesmo do Ministério Público. Por conseguinte, conforme registrado por DIAS TOFFOLI, deve a Justiça se limitar a "resolver a crise de maneira pontual", evitando, de todas as formas, conduzi-la a um condenável "totalitarismo do Judiciário e do Sistema Judicial", fenômeno que, na ótica do Ministro, dá-se através da eventual e criticável prática de se proferir "sentenças aditivas" (Judiciário Pode Cometer o Mesmo Erro de Militares em 1964, O Globo, 16 set. 2016).

De igual forma, merece ser destacado que a autoridade moral do Judiciário (e do Sistema Judicial como um todo) repousa, como bem anota JOSÉ MURILO DE CARVALHO (Por Que Não se Calam?, O Globo, 20 set. 2016, p. 17), na absoluta ausência "de espetáculos midiáticos por parte de delegados, promotores de justiça e juizes", sendo por demais conclusivo que, não obstante "o Poder Judiciário tenha se afirmado e ganhado força e credibilidade inéditas em nossa história, tal predicamento, também chamado de judicialização da política, só se sustentará se os operadores da Justiça mantiverem a necessária postura profissional, resistindo à tentação dos holofotes e de inaceitáveis incursões na política", ou seja, "se eles se contiverem, em última análise, nas manifestações rigorosamente dentro dos autos", como dever inerente a todos aqueles que nela militam, consoante preconizam, inclusive, o art. 36, III, da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), o art. 43, II, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) e, de certa forma, a partir de uma exegese ampliativa, o art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/13 (relativa à investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia), dispositivos legais que impõem aos referidos operadores do Direito a indispensável e absoluta atuação técnico-jurídica, normas que, a toda evidência, abrangem o dever de se abster de qualquer espécie de "holofotofilia", mantendo, assim, o sagrado silêncio (exteriorizando, desta feita, o princípio da publicidade na sua correta e restrita forma de manifestação nos autos) em benefício último do próprio prestígio da Justiça.

Ademais, essa é a postura institucional dos países mais desenvolvidos do mundo, notadamente em relação aos membros da magistratura, como é o caso da Suprema Corte estadunidense.

"Temos muita sorte de os nossos membros da Suprema Corte (norte-americana e os juizes estadunidenses de modo geral) não falarem com a imprensa (...). É salutar que juizes só se manifestem por meio de suas decisões ou de seus livros." (LINDA GREENHOUSE; New York Times, Rev. Época, nº 1.081, 25/03/2019, p. 65)