

O RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA INELEGIBILIDADE

LUIZ FERNANDO C. PEREIRA

DOUTOR E MESTRE PELA UFPR.

COORDENADOR DA PÓS-GRADUAÇÃO DE DIREITO ELEITORAL DA UNICURITIBA

I. INTRODUÇÃO

Aumentaram os casos de indeferimento de registro nas últimas eleições. Contemporâneo ao expressivo número de registros indeferidos, é a controvérsia sobre os limites do reconhecimento de ofício de inelegibilidades.

Questões processuais mal resolvidas põem em dúvida a legitimidade do eleitor na chamada notícia de inelegibilidade. De um lado a lei fecha o rol dos legitimados à impugnação de registro, além de reconhecer a incidência da preclusão. Noutra ponta, autoriza o reconhecimento de ofício, a qualquer tempo e em relação a todas as espécies de inelegibilidade, inclusive em segunda instância.

E em nome desta possibilidade de conhecimento de ofício, em um preocupante número de casos, tem se desprezado a garantia do contraditório. Confunde-se, em larga medida, possibilidade de conhecimento de ofício com desnecessidade do exercício do direito de ampla defesa.

A intenção do artigo é apresentar uma visão sistemática das possibilidades de conhecimento de ofício de inelegibilidade.¹

¹ Para o artigo, por questões didáticas – exceção aos casos em que a diferença tenha relevância –, não será apresentada qualquer distinção entre possíveis causas de pedir de uma ação de impugnação de registro de

02. INELEGIBILIDADE DE OFÍCIO E NOTÍCIA DE INELEGIBILIDADE. HISTÓRICO DE UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Desde o Código Eleitoral de 1965 se reconhecia ao eleitor a possibilidade de impugnar registro de candidatura.² O problema começa com a edição da Lei Complementar nº 05 de 1970, responsável por suprimir a legitimidade ativa do eleitor para a impugnação, com redação quase integralmente repetida na vigente Lei Complementar nº 64 de 1990.³

Logo depois da promulgação da LC 05/70, assentou-se a jurisprudência no sentido de reconhecer a ilegitimidade do eleitor à impugnação do registro, considerando derogada, pelo novo dispositivo mais restritivo, a legitimidade que lhe outorgava o art. 97 do Código Eleitoral.⁴

O eleitor, portanto, desde então não tem legitimidade ativa para propor ação de impugnação de registro de candidatura, assim como não a tem partido político isolado em caso de coligação.⁵ Até aí

candidatura, quais sejam: ausência de condições de elegibilidade (art. 14, § 3º, da CF); inelegibilidade constitucionais e infraconstitucionais e não preenchimento das condições de registrabilidade. Nenhum problema nisso. O art. 2º da LC 64/90 fixa a competência da Justiça Eleitoral para as arguições de inelegibilidade. E “é óbvio que o vocábulo ‘inelegibilidade’, aqui, compreende as condições de elegibilidade” (Gomes, José Jairo. Direito Eleitoral – conforme resolução n. 22.610/2007 do TSE, Del Rey, 2008, p. 128).

² art. 97, § 3º Poderá, também, qualquer eleitor, com fundamento em inelegibilidade ou incompatibilidade do candidato ou na incidência deste no artigo 96 impugnar o pedido de registro, dentro do mesmo prazo, oferecendo prova do alegado.

³ LC nº 05/70: Art. 5º - Caberá a qualquer candidato, a Partidos Políticos, ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada. A Lei 64/90 apenas acrescentou a legitimidade das coligações, adequando a discrepância de tratamento para o “partido pro tempore” nas Constituições de 1967 e 1988.

⁴ Conferir, no TSE, os Recursos nºs 3.924; 4.511 e 5.139.

⁵ Na Doutrina: Rodrigo López Zílio, Direito Eleitoral, Editora Verbo Jurídico, p. 365; Adriano Soares da Costa, Instituições de Direito Eleitoral, 6ª Edição, Editora Del Rey, p. 435. Para o TSE: Respe 30842 – Relator Ministro Marcelo Ribeiro, 29/09/2008; Respe 23444 – Relator Luiz Carlos Madeira – Data 27/09/2004; Respe 24038 – Relator Ministro Gilmar Mendes – Data 13/10/2004.

nenhuma dúvida. A controvérsia nasce com o destino que deve dar o Juiz ao conhecimento de uma causa de inelegibilidade que lhe é encaminhada por quem parte ativa não pode ser na ação de impugnação.

De alguma forma o tema foi resolvido no Tribunal Superior Eleitoral no *leading case* do Resp nº 9.688, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, com a seguinte fundamentação: “o eleitor, como tal, carece de legitimidade para constituir relação processual de ação de impugnação de candidatura; mas se denuncia fundamentadamente uma inelegibilidade, estou em que o juiz não pode se limitar a declarar-lhe a ilegitimidade para impugnar; há de decidir de ofício sobre o ponto”.⁶

E assim vem decidindo o TSE desde então, a ponto de institucionalizar, por intermédio de Resolução, a figura da “notícia de inelegibilidade”.⁷ O eleitor não pode impugnar, mas “postos perante si os fatos, não há escusa alguma para que o Juiz Eleitoral não os examine e lhes dê o enquadramento legal próprio”, como bem anotou o Ministro Torquato Jardim no voto que apresentou ao mesmo recurso.⁸ Numa expressão: como a inelegibilidade deve ser conhecida

⁶ Acórdão nº 12.375, de 21/09/92. Decisão similar em relação aos partidos coligados: “O reconhecimento da ilegitimidade do partido político coligado para, isoladamente, impugnar o registro de candidatura, não constitui óbice à análise de mérito do pedido formulado, porque a inelegibilidade ou a ausência de uma das condições de elegibilidade são matérias que devem ser apreciadas pelo Juiz Eleitoral quando do julgamento do pedido de registro de candidatura, mesmo que não haja impugnação, nos termos do disposto no art. 46 da Resolução TSE 22.717/2008” (RESPE-31422, Data 18/11/2008).

⁷ Resolução 22.717 do TSE: Art. 45. Qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos poderá, no prazo de 5 dias contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro, dar notícia de inelegibilidade ao juiz eleitoral, mediante petição fundamentada, que será imediatamente encaminhada ao Ministério Público. Parágrafo único. No que couber, adotar-se-á na instrução da notícia de inelegibilidade o procedimento previsto na seção anterior para as impugnações. É, quase na íntegra, a mesma redação da Resolução anterior.

⁸ Na lição de Adriano Soares da Costa: “A cognição judicial existente quando do pedido de registro de candidatura, do qual não houve impugnação, poderá surpreender ex officio algumas das inelegibilidades previstas pelo ordenamento jurídico, ficando o juiz eleitoral na obrigação de declará-las” (Instituições de Direito Eleitoral, 6ª edição, Del Rey, 2006, p. 405-406). Para Ney Moura Teles: “Para que o pedido de registro de candidatura seja indeferido não é imprescindível que haja impugnação, pois o órgão da Justiça Eleitoral incumbido de processá-lo, verificando a ausência de qualquer das condições de elegibilidade ou a

de ofício, não se pode castrar a possibilidade de provocação do tema.⁹

A jurisprudência reconhece que a inelegibilidade é sempre uma questão de ordem pública, cognoscível, por isso, de ofício.¹⁰ É possível falar, portanto, em verdadeira objeção de inelegibilidade (ou de pré-elegibilidade).¹¹ A notícia de inelegibilidade, pois, é um incidente processual.¹²

Se a inelegibilidade é sempre questão de ordem pública, cognoscível de ofício, no próprio pedido de registro – é assim que entendem hoje –, não é demais concluir que a impugnação ao registro de candidatura é despicienda! É, com algumas ressalvas, a mesma disputa de espaço entre a exceção de pré-executividade e a

presença de qualquer das causas de inelegibilidade do candidato, estará obrigado a indeferir o registro” (Direito Eleitoral, São Paulo, Atlas, 1998, p. 85). Há quem veja fundamentação para a notícia de inelegibilidade na aplicação analógica do art. 356 do Código Eleitoral. É a posição de José Bispo Sobrinho e Valéria A. Souza. Roteiro básico para as eleições, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998, p.46.

⁹ É como afirmam Marinoni e Mitidiero ao comentarem o art. 303, II, do CPC: “Se o juiz pode conhecer determinadas questões de ofício, isto é, sem requerimento da parte, é claro que o interessado na lembrança de uma dessas questões poderá alegá-la (...)” (Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo. RT, 2008, p. 316). Sobre o tema do conhecimento de ofício, vale a leitura do artigo de Edson Ribas Malachini, Alegações imprecluíves e dever de cognição ex officio, in José Miguel Garcia *et al* (coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, p. 19-36.

¹⁰ Superada está a orientação que restringia o conhecimento de ofício apenas às hipóteses de inelegibilidades constitucionais. Sobre a superada orientação, conferir TRE-SP, acórdão 149958, 08.09.2004. Sobre a nova orientação, no Resp 34857, de 26/11/2008: “Ressalto que esta Corte, ao editar a Res.-TSE no 22.717/2008, no artigo 46, não fez distinção entre condição de elegibilidade e causa de inelegibilidade - constitucional ou infraconstitucional -, podendo, tanto a carência daquela quanto a presença desta ser conhecidas de ofício. Nesse sentido: AgR-REspe nº 33.558/PI, rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado na sessão de 30.10.2008; AgRgREspe nº 21.902/SP, rel. Luiz Carlos Madeira, publicado na sessão de 31.8.2004”.

¹¹ Objeções são matérias cognoscíveis de ofício; exceções são aquelas que não prescindem de provocação da parte. Conferir Medina, José Miguel Garcia, Execução Civil, Teoria Geral. Princípios Fundamentais, 2ª edição, RT, 2004, p. 377. Sobre a distinção, conferir também: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz, Revista Forense, vol 351, 2000. Para um contra-ponto a Barbosa Moreira, Moreira, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 33.

¹² Na lição de Dinamarco: “É um procedimento menor, inserido no procedimento desse processo, sem que surja nova relação jurídica processual” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Intervenção de terceiros, 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 94). Sobre o tema, conferir FERNANDES, Antonio Scarante. Incidente processual: questões incidentais, procedimento incidental. São Paulo: RT, 1991.

impugnação no cumprimento de sentença (art. 475-L, do CPC).¹³ Com um detalhe: para a notícia de inelegibilidade não há a limitação de cognição. É dizer: em sede de pedido de registro a notícia de inelegibilidade se julga, havendo necessidade, com dilação probatória (conferir item 4.4). Em poucas e – quem sabe – prematuras palavras: a eventual supressão da impugnação ao registro de candidatura não faria falta alguma à tutela jurisdicional eleitoral. E mais: não há óbice para que idêntico raciocínio dispense, em alguns casos, o recurso contra a expedição de diploma.¹⁴

De qualquer forma, é correto que ao eleitor seja outorgada legitimidade para arguir inelegibilidades, em especial porque “a lisura do processo eleitoral é um bem jurídico-constitucional que ultrapassa o círculo de interesses dos atores que participam diretamente no pleito”.¹⁵ Aliás, em razão do interesse público envolvido nos registros de candidatura, o autor da notícia pode se apresentar como “parte para fins de auxílio técnico-jurídico”, em uma forma mais aberta e flexível de interesse jurídico.¹⁶

Não obstante, a notícia de inelegibilidade, no trato negligente da doutrina e na lacônica dicção da Resolução, não se

¹³ Não é por outra razão que muitos não identificam na impugnação verdadeira “ação”, mas apenas um incidente processual. Sobre a controvérsia doutrinária, conferir: GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campo. A Natureza Jurídica da Impugnação ao Cumprimento de Sentença: demanda incidente, mero incidente ou defesa do executado, *Revista Dialética de Direito Processual*, 51/125-136.

¹⁴ A diplomação é decisão administrativa. Se há uma inelegibilidade constitucional não alegada em impugnação, pode ser apresentada em recurso contra a expedição de diploma. Por que não em notícia de inelegibilidade incidentalmente apresentada à diplomação? Fica o registro.

¹⁵ Pereira, Rodolfo Viana. Tutela Coletiva no Direito Eleitoral. Controle Social e Fiscalização das Eleições. *Lumen Juris*, 2008, p. 161. A partir desta lógica é que parte da doutrina aqui no Brasil critica a restrição de legitimidade na ação de impugnação de registro: “Não foi feliz a o legislador ao legitimar apenas o candidato, a coligação e o Ministério Público. Qualquer cidadão deveria ser legitimado a promovê-la; afinal, é ele que compõe o povo, titular do poder na democracia” (Djalma Pinto. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 169).

¹⁶ É conclusão possível a partir do artigo de Almeida, Gregório Assagra de. Partes e terceiros no processo civil. Cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. *In Direito Civil e Processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. RT, São Paulo, 2007, p. 1064.

revela suficientemente regulamentada, com a estipulação de procedimento e limites. Há um crítico vácuo doutrinário, normativo e jurisprudencial neste permitido exercício de arguir a inelegibilidade por quem não é parte.

03. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

3.1 Natureza jurídica do pedido de registro. Administrativa ou Jurisdicional. Relevância para a notícia de inelegibilidade e a garantia do contraditório

Discute-se se o pedido de registro tem ou não natureza jurisdicional. E isso importa ao tema do artigo, pois a notícia de inelegibilidade – é senso comum – é conhecida no âmbito do próprio pedido de registro. Com efeito, a notícia de inelegibilidade não inaugura ação de impugnação ao registro; é mera provocação, no âmbito do próprio pedido de registro, para que o juiz aprecie inelegibilidade cognoscível de ofício.

Em ação de impugnação de registro, dúvida não há que ao candidato impugnado se garante, em toda a extensão, o direito ao contraditório. O problema está no pedido de registro e, por isso, no âmbito da notícia de inelegibilidade.

ADRIANO SOARES DA COSTA supõe que o pedido de registro seja verdadeira ação judicial, de jurisdição voluntária e, o que interessa ao artigo, retira daí que não haveria espaço para o contraditório.¹⁷ Parece correto reconhecer a natureza jurisdicional do pedido de registro.¹⁸ Impossível aceitar, no entanto, que por se tratar

¹⁷ Instituições..., p. 408. No mesmo sentido, Cunha, Sérgio Sérulo. Manual das Eleições, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 307.

¹⁸ Assim também, Jorge, Flávio Cheim e Rodrigues, Marcelo Abelha. Aspectos processuais do direito eleitoral: a ação de impugnação de registro de candidato, a ação de investigação judicial eleitoral e a

de jurisdição voluntária o contraditório estaria dispensado. PONTES DE MIRANDA já anotava que “o fato de haver o legislador processual concebido o ‘procedimento’ como de jurisdição voluntária, não basta para afastar a existência, ou, pelo menos, a possibilidade do contraditório”.¹⁹

Enfim, reconhecer-se que se trata de jurisdição voluntária, não autoriza a dispensa do contraditório. Fosse assim, em pedido de registro com notícia de inelegibilidade (sem angularização, portanto), ao candidato não seria dado o direito de defender-se da causa de inelegibilidade agitada. É intuitivo que tal conclusão não se pode aceitar. Aliás, fizesse sentido a conclusão, sempre melhor seria a apresentação de notícia – no lugar da impugnação –, a dificultar a defesa do impugnado. Não é sequer razoável que seja assim.

De qualquer forma e independentemente do debate doutrinário, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já definiu que o pedido de registro tem mesma natureza administrativa. Como consignou o Ministro MARCO AURÉLIO, no julgamento da Ação Originária nº 510, “O pleito de registro é vinculado à área administrativa. Forma-se processo de natureza administrativa, somente surgindo contencioso jurisdicional na hipótese de impugnação” O mesmo disse o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: “(...) se há impugnação, aí sim, surge incidentalmente uma ação”.²⁰

representação do art. 96 da Lei das Eleições. *In* Temas atuais de Direito Eleitoral. Coord. Costa, Daniel Castro Gomes da. Editora Pillares, São Paulo, 2009, p. 67. Não é tema do artigo, mas não se pode descartar a hipótese de a apresentação da notícia ser considerada uma “superveniência de litígio” na jurisdição voluntária (Ferraz, Cristina. *Jurisdição Voluntária no Processo Civil*, Juruá, 2008, p. 247), com remessa para as vias ordinárias, com o MP no pólo ativo. Mas aqui, é preciso reconhecer, não há espaço para este debate.

¹⁹ Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XVI, p. 30. Também reconhecendo a necessidade de se atender ao princípio do contraditório na jurisdição voluntária, Ferraz, Cristina. *Jurisdição Voluntária no Processo Civil*, Juruá, 2008, p. 37-38.

²⁰ Registre-se, porém, que o Ministro Néri da Silveira manifestou ressalva em relação à natureza administrativa do registro de candidatura. STF, AO nº 510, dj. 29.05.99.

O problema persiste. A partir do reconhecimento da natureza administrativa, cogita-se, mesmo em boa doutrina, a desnecessidade do contraditório.²¹ Também aqui não é possível concordar. O contraditório se impõe mesmo que a natureza do pedido de registro – como definiu o Supremo – seja administrativa. Não parece demais lembrar que a previsão constitucional que assegura o contraditório (art. 5º, LV) não distingue processo judicial e administrativo.²²

Enfim, absolutamente irrelevante a natureza do pedido de registro. O contraditório se assegura em qualquer hipótese, sobretudo quando o pedido de registro é contraposto pela notícia de inelegibilidade. Incogitável a dispensa do contraditório.

Garante-se o contraditório no pedido de registro sem nenhuma dúvida, enfim. Com muito mais razão, para insistir, quando o pedido de registro é “atacado” por notícia de inelegibilidade. A propósito, havia quem considerasse inexistente o contraditório no processo de execução. Hoje se reconhece um contraditório rarefeito.²³ Mas este contraditório rarefeito ganha um espaço maior nos casos de exceção de pré-executividade. Como reconhece TALAMINI – e toda a doutrina autorizada – no âmbito da exceção de pré-executividade, “por mais fundada que seja a alegação”, antes de decidir o juiz terá de ouvir o exequente”.²⁴ Para trazer a conclusão

²¹ Zílio, RODRIGO LÓPES: “Aliás, quando o Juiz Eleitoral, ausente pedido específico, indefere registro de candidato, sequer há necessidade de estabelecer o contraditório, pois de relação processual não se trata” (Direito Eleitoral..., p. 368).

²² “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”.

²³ Sobre o contraditório no processo de execução, conferir Tarzia, Giuseppe. O contraditório no Processo Civil, Revista de Processo, 28/55-95.

²⁴ Talamini, Eduardo (A objeção na execução – exceção de pré-executividade – e as leis de reforma do Código de Processo Civil, in Execução Civil – Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Junior, RT, 2007, p. 577). Conferir ainda, Eduardo Arruda Alvim: “Parece-nos que, ainda que defesa seja deduzida por meio de exceção de pré-executividade, deve-se instaurar um pequeno contraditório no seio da própria execução, de modo que o juiz possa ouvir o autor (exequente) antes eventualmente por cabo à execução”

para ao tema do artigo, “por mais fundada que seja a notícia de inelegibilidade”, antes de decidir o juiz terá de ouvir o candidato requerente do registro.

A notícia de inelegibilidade, em boa medida, equipara-se à exceção de pré-executividade, já foi dito antes. Aliás, é até mais ampla que a exceção, na medida em que se reconhece a possibilidade de dilação probatória (conferir item 4.4). Seria muito mais grave – é certo concluir – cogitar de dispensa do contraditório na notícia de inelegibilidade do que em relação à exceção de pré-executividade. É que na exceção – ao contrário do pedido de registro – o contraditório postecipa-se à fase de embargos (ou da impugnação ao cumprimento de sentença), processo de cognição exauriente.²⁵ Já em relação à notícia de inelegibilidade “processada” no pedido de registro, mitigado o contraditório não há via de cognição plena que, noutro momento, permita o exercício da ampla defesa.

É bem verdade que este debate suscita outra controvérsia mal resolvida para o Direito Eleitoral. É que ao se admitir a natureza eminentemente administrativa do registro de candidatura, seria

(Exceção de pré-executividade. Processo de Execução. Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 02, RT, 2001, p. 225. Paulo Henrique dos Santos Lucon, no mesmo sentido: “Na verdade, mesmo quando uma das partes [em exceção de pré-executividade] alega matéria de ordem pública deve o contraditório ser observado pelo juiz, concedendo oportunidade de a parte contrária manifestar-se (...)” (Objecção na execução. objeção e exceção de pré-executividade. Processo de Execução. Coord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 02, RT, 2001, p. 581). Conferir ainda: Talamini, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil, Revista de Processo, 153/16. Rodrigues Neto, Nelson. Exceção de pré-executividade. Revista de Processo, RT, 95/35-36. Oliveira Neto, Olavo de. A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada. São Paulo, RT, 1999, p. 120 e 123. Em jurisprudência: “Constitui violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa o julgamento dando pela procedência de exceção de pré-executividade, sem que o exequente seja intimado para manifestar-se sobre aquela exceção”. (TRF2ª R. - AC 348012 - ES - 5ª T. - Rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto - DJU 12.05.2006). No STJ: REsp 904.953 - SE - Proc. 2006/0259909-2 - 2ª T. - Rel. Min. Castro Meira - DJ 25.09.2008.

²⁵ Conferir as hipóteses da excepcional formação da coisa julgada no julgamento da exceção de pré-executividade em “Hipóteses excepcionais de formação de coisa julgada material no processo de execução havendo (ou não) exceção de pré-executividade”, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *in* Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado, coord. Fredie Didier Jr., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 335-338.

ilógico não se acolher, em contrapartida, a possibilidade de submeter ao judiciário a decisão final.²⁶ Qual óbice, a propósito, pode ser legitimamente oposto a uma hipotética ação de anulação de indeferimento administrativo de registro?²⁷ O tema, no entanto, merece análise em trabalho específico.

Como está hoje – para doutrina e jurisprudência –, o indeferimento do pedido de registro (processo administrativo), ainda que ampliado por notícia de inelegibilidade, provoca decisão definitiva, alheia à desconstituição jurisdicional. Com mais razão, pois, impensável não garantir, em plenitude, o contraditório.²⁸

O importante é deixar muito claro que a inelegibilidade de ofício não se reconhece sem a garantia do contraditório. E para tal é absolutamente irrelevante a natureza do pedido de registro: jurisdicional ou administrativa.

3.2 ASPECTOS RELEVANTES DA GARANTIA DO PRÉVIO CONTRADITÓRIO

²⁶ O Tribunal Superior Eleitoral não despreza o tema: “Em terceiro lugar, há que se ter presente a distinção entre coisa julgada administrativa e coisa julgada judicial. Ao contrário da coisa julgada judicial, que é absoluta, a coisa julgada administrativa é relativa. Isso quer dizer que um determinado assunto, decidido na via administrativa, não poderá ser rediscutido naquela via. O Judiciário, sim, poderá rediscutir o assunto, em razão do princípio da inafastabilidade da função jurisdicional. Isso porque o que ocorre é uma mera preclusão de efeito interno, pois uma decisão jurisdicional administrativa continua a ser um ato administrativo, definitivo para a Administração, mas não para o Judiciário” (TSE, Resp nº 34398. Min. Joaquim Barbosa, 15/12/2008). Registre-se que aí o TSE mencionava decisão administrativa do Tribunal de Contas, mas o debate é o mesmo.

²⁷ Em digressão, o mesmo pode ser dito em relação à prestação de contas. Há muito que o tema está a merecer uma análise mais academicamente adequada. Não se concebe atividade administrativa imune ao controle jurisdicional, em atenção ao princípio da inafastabilidade: artigo 5º, XXXV da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Só são admitidas as exceções expressamente mencionadas no texto constitucional. Conferir, Carpena, Márcio Louzada. Da garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e o processo contemporâneo. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.), *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

²⁸ Como advertem Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, no processo administrativo “o princípio do contraditório exige um diálogo; a alternância das manifestações das partes interessadas durante a fase instrutória. A decisão final deve fluir da dialética processual, o que significa que todas as razões produzidas devem ser sopesadas (...)” (Processo Administrativo, Malheiros, 2001, p. 72).

É fundamental estabelecer a relação entre inelegibilidade de ofício e o princípio do contraditório. Há julgados que supõem dispensável a prévia manifestação da parte sobre o tema da decisão quando houver cognoscibilidade de ofício. Como as inelegibilidades são todas questões de ordem pública, cognoscíveis independentemente de provocação, o juiz estaria autorizado a tomá-las de ofício e decidir a questão sem a prévia intimação do candidato requerente do registro.²⁹ Não é nada disso. Trata-se, em verdade, de gravíssimo equívoco que aloca a inelegibilidade de ofício em campo sombrio do processo jurisdicional eleitoral.

É preciso reforçar que a atenção ao princípio do contraditório não se altera a partir da natureza que se empreste ao pedido de registro – administrativa ou jurisdicional (ver item 3.1). Conclusão diversa poderia induzir a uma inevitável contradição jurídica. Com efeito, a valer a distinção, se a inelegibilidade for veiculada em ação de impugnação de registro de candidatura, o candidato será obrigatoriamente intimado para apresentar defesa (art. 4º da LC 64/90). Já se a mesma inelegibilidade fosse apresentada em notícia, ou conhecida de ofício sem a provocação própria da notícia, a intimação para defesa ficaria dispensada. Por qualquer regra elementar de hermenêutica se desautoriza tal contrasenso.

O princípio é um só: garantia do contraditório independentemente da forma de conhecimento da inelegibilidade.

²⁹ Entre outras decisões, em recurso especial alegava-se violação ao princípio contraditório porque a dupla filiação havia sido reconhecida de ofício, em segunda instância, sem que o candidato tivesse sido previamente intimado a se manifestar. Em decisão monocrática, o Ministro Marcelo Ribeiro não conheceu do recurso nesta parte, por ausência de prequestionamento, mas, em *obiter dictum*, fez constar: “De todo modo, a jurisprudência é no sentido de que as condições de elegibilidade, tal como a filiação partidária, podem e devem ser apreciadas de ofício pela Justiça Eleitoral” (TSE, Resp nº 29392, 11/09/2008). Daí se apanha que a ausência de condição de elegibilidade, por se tratar de questão de ordem pública, dispensaria o prévio contraditório, concluiu a decisão.

Apresentada em ação de impugnação ou notícia e mesmo nos casos de conhecimento de ofício não provocado, de qualquer forma o reconhecimento da inelegibilidade não se dá sem a garantia do contraditório.

A antiga Resolução 22.156, ao tratar da notícia de inelegibilidade, exigia expressamente a prévia manifestação do candidato.³⁰ O atual dispositivo que trata da notícia deixou de proclamar a prévia intimação, mas remete a notícia, no que couber, ao procedimento da impugnação.³¹ E o procedimento da impugnação prevê o prazo de defesa de sete dias (art. 4º da LC 64/90).

É certo, no entanto, que a atenção ao princípio do contraditório dispensa qualquer previsão específica.³² Seria, aliás, nitidamente inconstitucional, por direta violação ao art. 5º, LV, da CF, qualquer procedimento que reputasse dispensável a prévia intimação do candidato a se pronunciar sobre a inelegibilidade arguida.³³ Além

³⁰ Resolução nº 22.156. Art. 35. Qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos poderá, no mesmo prazo previsto no artigo 34 destas instruções, mediante petição fundamentada, dar notícia de inelegibilidade, sobre a qual, após a audiência do candidato, se manifestará o Ministério Público Eleitoral no prazo de dois dias (Ac.-TSE nº 12.375, DJ de 21.9.92).

³¹ Resolução 22.717 do TSE: Art. 45. Qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos poderá, no prazo de 5 dias contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro, dar notícia de inelegibilidade ao juiz eleitoral, mediante petição fundamentada, que será imediatamente encaminhada ao Ministério Público. Parágrafo único. No que couber, adotar-se-á na instrução da notícia de inelegibilidade o procedimento previsto na seção anterior para as impugnações.

³² Gomes, José Jairo. Direito Eleitoral – conforme resolução n. 22.610/2007 do TSE, Del Rey, 2008, p. 216. No mesmo sentido: “O primeiro ato a ser praticado é a notificação do candidato noticiado como inelegível para que se manifeste sobre a veracidade da notícia e seus fundamentos. Dentro do procedimento de registro não há esta previsão. Contudo, o art. 5º, LV da Constituição dá a todo indivíduo o direito de defesa, seja litigante em processo judicial ou administrativo ou apenas acusado, qualquer que seja o procedimento. Assim, portanto, mesmo não se instalando a relação jurídica processual, mesmo sendo um procedimento administrativo, o acusado de ser inelegível tem o direito de apresentar defesa” (Soares, Marcos Antônio Striquer, A ação de impugnação de registro de candidatura e a notícia de inelegibilidade trazida pelo cidadão comum, Revista Paraná Eleitoral nº 41/2001).

³³ Conferir, Greco, Leonardo. A defesa na Execução Imediata. In. Execução Civil – estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Coord. Fredie Didier Jr. Lumen Juris, 2006. p. 175. Assim também na Constituição Italiana, art. 111, 2ª alínea: “Ogni processo si svolge in contraddittorio tra le parti...”. É oportuno mencionar que também não há qualquer dispositivo que exija a prévia manifestação da parte em recurso de embargos de declaração com pretensão de efeitos infringentes. Não obstante, o STJ conformou entendimento firme no sentido de se exigir esta prévia manifestação sob pena de infração ao princípio do

disso, seria realmente absurdo que alguém fosse impedido de se candidatar – “ápice da caracterização do conceito de cidadania”³⁴ –, sem que se assegurasse o contraditório.

Em verdade, só se pode falar em processo (e não mero procedimento) quando se garante o contraditório.³⁵ E mais, há muito tempo se reconhece que a exigência de contraditório é, antes de uma garantia às partes, uma necessidade do próprio Juiz para melhor conformar a decisão judicial;³⁶ ou do próprio administrador conceber a decisão administrativa.³⁷ É sem dúvida que o juiz eleitoral tem condições muito melhores de decidir a inelegibilidade arguida com a prévia manifestação do candidato. O interesse público não está em acolher, mas em bem julgar a arguição de inelegibilidade.

Diferentemente de outros países, o sistema processual brasileiro não tem dispositivo específico que determine a anterior intimação das partes antes da pronúncia de qualquer questão de ordem pública. Na Itália o Juiz se obriga a apresentar às partes as questões que podem ser abordadas de ofício e sobre quais reputa oportuna a discussão. Majoritariamente a doutrina italiana reputa nula a decisão havida de ofício que dispense o prévio debate entre as

contraditório. Entre outras decisões: EDcl nos EDcl no RMS 21.719/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 15/12/2008. Exame seguro sobre o contraditório em embargos de declaração está em Mazzei, Rodrigo. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser conhecidas de ofício, independentemente de arguição prévia do interessado). In José Miguel Garcia *et al* (coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, p. 76-78.

³⁴ Zílio, Rodrigo Lopes. Direito Eleitoral, Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2008, p. 376 e 131.

³⁵ Neste sentido, entre outros, Eduardo Talamini (A objeção na execução – exceção de pré-executividade – e as leis de reforma do Código de Processo Civil, in Execução Civil – Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Junior, RT, 2007, p. 577). Ainda: “A paridade na condução do processo pelo Estado-juiz está justamente em que esse submete a sua visão do material do processo ao contraditório prévio do demandante antes de decidir assimetricamente” (Mitidiero, Daniel. Colaboração no Processo Civil, Revista dos Tribunais, 2009, p. 109).

³⁶ Carnelutti, Francesco. Trattato de Processo Civile. Diritto e Processo, Nápoles, Morano, 1958, p. 104.

³⁷ Moreira, Egon Bockmann. Processo Administrativo, Malheiros, 225-240.

partes.³⁸ O mesmo em relação a países como Alemanha, Áustria, França, Portugal e Japão.³⁹

Não obstante a ausência de dispositivo específico, é preciso mencionar que o artigo 327 do CPC vincula a análise de questão de ordem pública arguida pelo réu à prévia manifestação do autor.⁴⁰ A lógica do artigo 327 deve irradiar-se a todo sistema processual, de forma que se leia daí a necessidade de prévio contraditório em relação às questões de ordem pública.⁴¹

³⁸ Vittorio Denti tem artigo específico sobre o tema, em que defende a nulidade das questões reveladas de ofício sem a garantia do contraditório prévio. *In* *Questione Rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. *Rivista di Diritto Processuale*. 1968, II, p. 217-231. Conferir também Ferri, Corrado. *Sull'effettività del contraddittorio*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 03, 1988, p. 781.

³⁹ Em “Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício”, o italiano EDUARDO RICCI indica que os códigos de processo da Itália, França e Alemanha têm, todos, dispositivos específicos que exigem a prévia intimação da parte mesmo nas questões de ordem pública, sob pena de nulidade da decisão” (in *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, RT, 2006, p. 495-499). O mesmo em relação ao Código de Processo Civil Português, o que provocou decisão da Suprema Corte proibindo prolação de decisões surpresas (Conferir Dinis, Joaquim José de Souza. *Inovações e perspectivas no direito processual civil português*, RT 785/38). Daniel Mitidiero faz referência expressa a todos os dispositivos da legislação estrangeira que mencionam a necessidade do prévio contraditório nas questões de ordem pública (Colaboração no *Processo Civil*, *Revista dos Tribunais*, 2009, p. 136, nota 14). Para o dispositivo equivalente no direito japonês, conferir TANIGUCHI, Yasuhei. *O código de processo civil japonês de 1996: um processo para o próximo século?* *Revista de Processo*, São Paulo, vl. 25, nº 99, p. 67, jul/set 2000. Também com ampla referência ao direito comparado, incluindo o sistema processual austríaco, NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. *Revista de Processo*, v. 168, p. 107-141, 2009. Também com ampla referência ao direito comparado, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental – um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 89-94.

⁴⁰ Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes, no mesmo artigo já citado, reconheceram no dispositivo a consagração da regra da não surpresa no Código de Processo Civil brasileiro, em “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. *Revista de Processo*, v. 168, p. 139-140, 2009. Em jurisprudência: “Ausência de oportunidade à parte autora para manifestar-se a respeito da preliminar de carência de ação por ilegitimidade ativa ad causam levantada em sede de contestação (...) Ocorrência de vício de atividade (error in procedendo). inobservância dos arts. 301, x, e 327 do CPC. Violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. precedente desta corte. anulação da sentença. conhecimento e provimento do apelo” (TJRN - proc. 2004.003737-6 - 1ª c. civ. - rel. juiz Virgílio Fernandes - j. 08.02.2007).

⁴¹ Sobre o tema, é interessante destacar que a melhor doutrina tem exigido a prévia manifestação da parte para o reconhecimento de ofício da prescrição, a partir da nova redação do § 5º do artigo 219. Tome-se como exemplo: “Não obstante o legislador não tenha feito a ressalva, no caso do § 5º do artigo 219, entendemos que deverá o juiz, antes de pronunciar prescrição, intimar o autor da ação, para manifestar-se a respeito” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, II: *Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006 e 11.280/2006* / Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, Pág. 45). No mesmo sentido, Mello, Rogério Licastro Torres de. *A prescrição e seu conhecimento de ofício*. *In* José Miguel

E o importante aqui é registrar a seguinte advertência: a inelegibilidade é questão de ordem pública que altera o próprio objeto litigioso.⁴² Não se trata de matéria de índole meramente processual (art. 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC).⁴³ As inelegibilidades são questões de ordem pública de ordem material, na exata medida que assim devem consideradas aquelas dos arts. 166 e 167 do Código Civil, cognoscíveis de ofício como determina o parágrafo primeiro do art. 168 do mesmo Código.⁴⁴ Ou ainda o art. 51 do CDC. Ora, com óbvia razão a dispensa do prévio contraditório é ainda mais grave.

A verdade é que a inelegibilidade conhecida de ofício (provocada ou não pela notícia) sempre altera o núcleo fático. Se uma impugnação ao registro de candidatura é veiculada com determinada causa de pedir, é certo que pode o juiz eleitoral, de ofício, incluir uma outra razão para o indeferimento. Mas a defesa só se exerce com a garantia do contraditório se a causa de pedir estiver integralmente conformada. Como bem se define em doutrina

Garcia *et al* (coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, p. 84-85. Mesma lógica do art. 317 inspira o art. 398 do CPC, a determinar que a juntada de documento novo seja sempre seguida pela intimação da outra parte a se pronunciar. Também é digno de nota a redação do art. 167, § 1º, do Regimento Interno do STJ: “Se, antes ou no curso do relatório, algum dos Ministros suscitar preliminar, será ela, antes de julgada, discutida pelas partes, que poderão usar da palavra. Se não for acolhida, o relator fará o relatório, prosseguindo-se no julgamento”.

⁴² É preciso anotar que a expressão “ordem pública” não tem significado claro e único: “a noção de ordem pública, por sua equivocidade, provoca perplexidade no campo da doutrina, da jurisprudência e do direito positivo” (Pires, Maria Coeli Simões. Direito adquirido e ordem pública. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 398).

⁴³ Para uma noção do que seja questão de ordem pública, conferir OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de . Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada. In: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim; Nelson Nery Jr; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 3, p. 238-246.

⁴⁴ “Percebe-se desta feita que as matérias de ordem pública podem ser de ordem material ou processual” (CARVALHO, Patrícia Torres Barreto Costa. Efeito translativo nos recursos excepcionais. Revista de Processo 171, p. 268, maio-2009).

específica sobre o tema: “O principal escopo da causa de pedir na demanda é a efetividade do contraditório”.⁴⁵

É por isso que o conhecimento de todas as questões cognoscíveis de ofício, sobretudo quando ampliam o *thema decidendum*, reclama sempre provocação das partes para prévia manifestação.⁴⁶ A regra da estabilização da demanda, com efeito, também se ampara na exigência do contraditório.⁴⁷ Assim – é importante registrar –, estas considerações sobre causa de pedir, estabilização da demanda, princípio da congruência, quando tomadas para a garantia do contraditório, aplicam-se indistintamente nos processos de natureza administrativa e jurisdicional.

A possibilidade de se conhecer de ofício de determinadas questões de ordem pública, enfim, não autoriza “a adoção de causas não apresentadas e debatidas na demanda, visando sua procedência ou improcedência”. Ainda sobre o tema: “o mero fato do direito material autorizar que o juiz conheça de certas matérias sem a provocação das partes não o dispensa de previamente alertar os

⁴⁵ Pinto, Junior Alexandre Moreira, Causa de *Petendi* e o Contraditório, , RT, 2007, p. 55.

⁴⁶ Sobre o tema, Denti, Vittorio, Questioni Ailevabili d’ufficio e contraddittorio, Rivista di Dirittto Processuale 23/224. Aqui no Brasil, o recentíssimo artigo de NUNES, Dierle José Coelho ; THEODORO JR, Humberto . Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, v. 168, p. 107-141, 2009.

⁴⁷ “O princípio da estabilização da demanda [é muito importante dizer] tem por objetivo resguardar não apenas a celeridade e efetividade do processo, mas também o princípio do contraditório”. (PINTO, Junior Alexandre Moreira. "Sistemas Rígidos e Flexíveis: A questão da estabilização da demanda." In: Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas. Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci; José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56). Todas estas regras de estabilização da demanda ligam-se, sobretudo, à garantia do contraditório (Barbosa Moreira, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. Revista de Processo 83/207-15). Sergio Arenhart, invocando a doutrina de Nicolò Trocker, também concorda: “Logicamente, portanto, é essencial para a realização adequada da garantia do contraditório que se dê às partes a prévia ciência da totalidade daquilo que será objeto de decisão pelo juiz e, para tanto, fundamental é a preservação da correlação entre o pedido e a sentença” (Reflexões sobre o pedido da demanda. In. Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, RT, 2006, p. 594).

demandantes destes pontos”.⁴⁸ Nada diferente do que sustenta José Roberto dos Santos BEDAQUE: “Qualquer decisão judicial fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra constitucional”.⁴⁹

É preciso notar que não se trata aqui de “sacralização do contraditório” ou “fetichismo formalista”.⁵⁰ É óbvia a violação ao contraditório quando se suprime a possibilidade de prévia manifestação da parte apenas por se tratar de questão de ordem pública, cognoscível de ofício. Em especial nos casos de inelegibilidade, toca repetir, em que há uma questão de ordem pública de caráter material, com conseqüente alteração do objeto litigioso.

Não se pode opor à exigência do contraditório prévio, é preciso reiterar, a natureza administrativa do pedido de registro. Além das observações já registradas, também no processo administrativo não se cogita de alteração do pedido e de seus fatos motivadores sem a garantia do contraditório.⁵¹

Assim, apresentada a notícia de inelegibilidade, impõe-se a prévia manifestação do candidato. E o prazo para se manifestar

⁴⁸ Pinto, Junior Alexandre Moreira, Causa de *Petendi* e o Contraditório, , RT, 2007, p. 90, 163 e 164. No mesmo sentido, Guilherme Freire de Barros Teixeira: “O Juiz, ao decidir questões sem a prévia manifestação dos litigantes, mesmo nas hipóteses em que é possível o exame de ofício, nega-lhes o exercício do direito de defesa e, em conseqüência, reduz a garantia constitucional do contraditório, pois os interessados ficam privados de influir na formação do convencimento” (O princípio da eventualidade no processo civil, RT, 2005, p. 307).

⁴⁹ Do mesmo autor: “Embora possa o juiz conhecer das questões independentemente de provocação, deve, antes de proferir decisão a respeito, submetê-la à manifestação das partes” (Bedaque, José Roberto dos Santos Bedaque. Elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas. Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci; José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40).

⁵⁰ Expressões de João Batista Lopes (Princípio do contraditório e da ampla defesa, in Execução Civil – Estudos em homenagem a Humberto Theodoro Junior, RT, 2007, p. 80).

⁵¹ Ferraz, Sérgio e Dallari, Adilson Abreu, Processo Administrativo, Malheiros, 2001, p. 72.

deve ser o mesmo que teria se a causa de inelegibilidade tivesse sido veiculada em ação de impugnação de registro (sete dias, conforme art. 4º da LC 64/90). Não fosse a partir da leitura única que o princípio do contraditório impõe à hipótese (o candidato não pode ter menos na notícia do que tem na impugnação), o próprio parágrafo único do art. 45 da Resolução 22.717 do TSE exige: adotar-se-á na notícia o procedimento da impugnação.

Mesmo que não haja a apresentação da notícia, ao aperceber-se da possível ocorrência de causa de inelegibilidade, antes da decisão de ofício o magistrado eleitoral obriga-se a provocar o candidato, evitando uma decisão surpresa. E esta provocação deve ser apresentada com a máxima descrição possível da inelegibilidade cogitada, com a escorreita descrição dos elementos de fato e de direito que suscitaram a hipótese de conhecimento de ofício. Só assim o candidato poderá exercer o seu direito de defesa em plenitude. O juiz, neste caso, ao apresentar ao debate a hipótese de inelegibilidade formulada de ofício, em relação à descrição dos fatos e fundamentos jurídicos, assume um compromisso parecido com a obrigação que teria o autor de uma ação de impugnação de registro.

Em razão disso, é possível imaginar, por exemplo, que a impugnação tenha se limitado a indicar como causa de pedir uma única inelegibilidade, apesar de determinada decisão do Tribunal de Contas sugerir outras. O juiz pode ampliar a causa de pedir – recebendo as demais causas supostamente presentes na decisão como notícia de inelegibilidade –, mas sempre com a inexpurgável garantia do contraditório. Ou seja, se o magistrado eleitoral identificar na decisão do tribunal de contas outra hipótese de inelegibilidade não cogitada na notícia/impugnação, deverá intimar o candidato para que se pronuncie sobre esta inelegibilidade cogitada

de ofício. Sem isso não há previsibilidade. É como alerta BARBOSA MOREIRA, “o exercício amplo do direito de defesa implica necessariamente para o réu um mínimo de previsibilidade”.⁵²

No mesmo sentido, se eventualmente a partir de uma impugnação ou de uma notícia o Juiz Eleitoral resolver ampliar o *thema decidendum*, cogitando outra inelegibilidade sequer sugerida na inicial, de igual forma obriga-se em apresentar a “fração do objeto litigioso cognoscível de ofício” com o mesmo compromisso de descrição dos fatos que teria o autor da notícia ou da impugnação. Isso porque “somente com a descrição fática é que o demandado saberá como e do que se defender”. Faz-se necessária “a precisa indicação do episódio da vida ventilado”.⁵³ Esta precisa descrição deve se dar na petição de notícia, na impugnação ou na conformação do despacho que manda o candidato se manifestar sobre a inelegibilidade agitada de ofício.

A inelegibilidade de ofício, pois, tem no contraditório um limite claro e objetivo. A cognoscibilidade de ofício autoriza, é preciso reconhecer, que se julgue a partir de causa de pedir alheia à demanda impugnatória do registro. No entanto, a causa de pedir – ou os fatos que a qualificam – jamais poderá ser estranha ao objeto litigioso que, nestes casos de inelegibilidade de ofício, é ínsito ao ofício judicante que seja anunciada previamente e de forma nítida.

⁵² Correlação entre o Pedido e a Sentença, Repró 83/209. “Aliás, a problemática não diz respeito apenas aos interesses das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça” (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *A Garantia do Contraditório in* Garantias Constitucionais do Processo Civil, José Rogério Cruz e Tucci (coord.), 1a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 143)

⁵³ Junior Alexandre Moreira Pinto. A Causa *Petendi* e o Contraditório, RT, 2007, p. 32 e 34. Ou ainda, na expressão de Juvêncio Vasconcelos Viana, “a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda” (A causa de pedir nas ações de execução. *In*: Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas. Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci; José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 97).

Se não houver esta descrição prévia e nítida, desautoriza-se o conhecimento de ofício. Não é lícito proferir decisão fundada em causa de pedir ausente da inicial.⁵⁴ É preciso pôr fim “ao processo civil de armadilhas”.⁵⁵ Também no Direito Administrativo, exatamente para garantir o contraditório, veda-se a introdução de elemento novo sem prévio conhecimento.⁵⁶ Ainda sobre o processo administrativo, exige-se clareza na motivação fática.⁵⁷ Por um ou outro motivo, independentemente da natureza do pedido de registro, se houver cognoscibilidade de ofício, a carência de descrição na notícia deve ser suprida obrigatoriamente com a atuação do juiz na conformação do tema cogitado de ofício, é preciso insistir.

Registre-se, em argumento de reforço, que os pedidos são interpretados restritivamente (art. 293 do CPC). Como explicam MARINONI e MITIDIERO, “na dúvida, o Código de Processo Civil não permite ao órgão jurisdicional supor que o demandante pediu algo que não pediu”.⁵⁸ E como a causa de pedir identifica o pedido, é certo concluir que também a causa de pedir reclama interpretação restritiva. Os fatos que qualificam a causa de pedir ou são apresentados de uma forma tal que imponham o dever de contestação ou devem ser considerados estranhos ao objeto litigioso. Sempre em vista do direito ao contraditório e à ampla defesa.

⁵⁴ “Se a causa de pedir não integra o pedido, certamente o identifica. Assim, também é vedado ao juiz proferir sentença fundada em outra causa de pedir que não a constante da petição inicial” [WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). Curso avançado de processo civil. 7. ed. rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. p. 303]. Ainda sobre o tema, Arruda Alvim, José Manoel, Manual de direito processual civil, 6ª edição, RT, São Paulo, 1997, vol. 2, p. 653.

⁵⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa, In: Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais, obra coletiva, coordenadores Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, SP, Malheiros, 2001, p. 301, nota 2.

⁵⁶ PONDÈ, Lafayette, Considerações sobre o Processo Administrativo, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 130, out/dez, 1977.

⁵⁷ Moreira, Egon Bockmann. Processo Administrativo, Malheiros, 250.

⁵⁸ Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo. RT, 2008, p. 303.

Mas não é apenas a apresentação objetiva dos fatos que se apresenta como essencial à garantia do contraditório. A cognoscibilidade de ofício não autoriza a manipulação dos fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima) sem o prévio debate entre as partes. E tal conclusão se alcança porque o “contraditório representa elemento limitador do aforismo *iura novit curia*”.⁵⁹ Limitação que alcança também o processo administrativo.⁶⁰

Assim, se determinada impugnação subsume os fatos apresentados à determinada qualificação jurídica, não se subverte a subsunção originária para decidir a partir de outra qualificação sem a prévia intimação das partes. Em exemplo possível, se a impugnação ou a notícia supõe que a desaprovação das contas impõe o indeferimento do registro em razão da vida pregressa (art. 14, § 9º, da CF), subsumir o núcleo fático à hipótese da alínea “g”, I, 1º, da LC 64/90 pressupõe a prévia intimação das partes acerca do novo desenho do objeto litigioso, remodelado pela nova qualificação jurídica anunciada de ofício.

No exemplo cogitado, é óbvio que a supressão da nova manifestação pode gerar prejuízos concretos. Entre outras consequências, todo o debate sobre a sanabilidade ou não ficaria danificado em razão da ausência de debate prévio. Os fatos que se

⁵⁹ Causa de *Petendi* e o Contraditório, Junior Alexandre Moreira Pinto, RT, 2007, p. 55. No mesmo sentido: “Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório” (Oliveira, Carlos Alberto Álvaro de, O Juiz e o princípio do contraditório, Revista de Processo 71/34).

⁶⁰ “Nesse passo, também configura dever administrativo aquele da ciência prévia às partes interessadas, antes da tomada de decisão, de eventual interpretação normativa nunca vista nos autos. A boa-fé processual assim o impõe. (...) Não parece haver dúvida quanto à aplicação do princípio [do contraditório] como temperamento ao *iura novit curia*, no processo administrativo” (Moreira, Egon Bockmann. Processo Administrativo, Malheiros, 231 e 233).

apresentaram como insuficientes para a rejeição do registro pelo fundamento da vida pregressa, poderiam ser suficientes ao indeferimento do registro pela mencionada hipótese da alínea “g”. Mas esta nova subsunção, é preciso insistir, ficaria nitidamente prejudicada se a decisão viesse antes da oportunidade das partes dialogar acerca da incidência concreta da regra à descrição fática albergada originalmente noutra fundamento jurídico. Como ressalta BEDAQUE, “(...) muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes”.⁶¹

É também necessário mencionar que a possibilidade de livre apreciação da prova, prevista no artigo 7º, da Lei nº 64/90, não é fundamento para a dispensa do contraditório.⁶² O juiz é sim livre para apreciação da prova, mas sempre em torno dos elementos existentes nos autos; nunca além disso.⁶³ Ao estabelecer que o juiz pode levar em conta aquilo que não foi alegado, apenas fixa a possibilidade de conhecimento de ofício, sem, contudo, dispensar o

⁶¹ Para reforçar o argumento, Bedaque informa que na Alemanha, “o § 278, 3, da ZPO impede o juiz de decidir sobre questões de direito não submetidas ao prévio contraditório das partes” (Bedaque, José Roberto dos Santos Bedaque. Elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas. Coordenadores José Rogério Cruz e Tucci; José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39). A propósito, muito interessante a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o tema: “1. Integra o conteúdo da garantia constitucional do contraditório a real oportunidade das partes participarem do debate processual, para poderem influenciar o convencimento do juiz quanto a questões de fato e, também, de direito essenciais à decisão da causa. 2. O magistrado surpreende os litigantes quando, estando a causa de pedir remota, a resposta do réu e, enfim, todo o debate processual baseado em ato ilícito, julga a controvérsia com fundamento na evicção. 3. em uma perspectiva constitucional do processo civil, os clássicos princípios ‘iura novit curia’ e ‘da mihi factum dabu tibi ius’ devem ceder a garantia do contraditório, possibilitando, em nome da maior democracia processual e da legitimação das decisões emanadas do Estado-juiz, que as partes possam participar ativamente do debate oportunizado pelo processo judicial, inclusive quanto à efetiva e correta aplicação do direito ao caso concreto. 4. As partes sentenças surpresas, por implicarem violação a garantia constitucional do contraditório, ofendem o interesse público, gerando a nulidade absoluta da decisão – error in procedendo –, visando, destarte, possibilitar que as partes se manifestem sobre a questão de direito imprescindível ao julgamento da causa. (TJPR - AC 01192710 - 56 - 7ª C.Cív. - Rel. Des. Accácio Cambi - DJPR 22.04.2002).

⁶² Dispositivo repetido na Resolução nº 22.156/06: Art. 41. O 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 (Lei Complementar nº 64/90, art. 7 parágrafo único).

⁶³ A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual” (REsp 7.870/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 3.2.1992).

contraditório em torno dos fatos invocados de ofício, por tudo que já foi dito até aqui.

Aliás, nem sequer faz sentido fincar no art. 7º da Lei 64/90, como está em muitas decisões do próprio TSE, a possibilidade de livre apreciação da prova.⁶⁴ O direito processual adota o princípio da presunção racional e, assim, a livre apreciação da prova é sempre formadora da convicção do juiz (conferir item 4.4).

Por fim, ainda em relação ao contraditório na inelegibilidade de ofício, não se pode desprezar que a necessidade de prévia intimação do candidato relaciona-se também com a questão probatória. A fixação do *thema probandum*, para a delimitação dos pontos controvertidos e organização das atividades instrutórias tem umbilical ligação com a garantia constitucional do contraditório.⁶⁵ E a decisão surpresa, havida sem o prévio debate apenas porque cognoscível de ofício, pode acabar por impedir que a parte valha-se da atividade probatória em benefício de sua tese.⁶⁶

Por qualquer análise possível, portanto, a inelegibilidade de ofício sem a garantia do contraditório não se sustenta. Noutras palavras: o conhecimento de ofício não dispensa o contraditório.

04. PROCEDIMENTO E REQUISITOS DA NOTÍCIA DE INELEGIBILIDADE

⁶⁴ Daí porque é necessário tomar com cuidado o que diz, no ponto, Rodrigo Lopes Zílio. O Autor sustenta que o art. 7º da Lei 64/90 autoriza que o juiz eleitoral invoque causa de inelegibilidade não cogitada antes para acolher a impugnação (Direito Eleitoral, Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2008, p. 376 e 377). Até é possível, mas desde que o conhecimento de ofício, por tudo que foi dito aqui, seja temperado com o pleno exercício do contraditório. Para reafirmar: a possibilidade de livre apreciação da prova não dispensa o contraditório.

⁶⁵ Conferir em EDUARDO CAMBI, A Prova Civil, admissibilidade e relevância, RT, 2006, p. 430 a 433.

⁶⁶ Com as posições do direito italiano sobre o tema, conferir NUNES, Dierle José Coelho ; THEODORO JR, Humberto . Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, v. 168, p. 107-141, 2009.

4.1 Legitimidade ativa e requisitos de forma

A Resolução do TSE oferece, em alguma medida, o desenho da notícia de inelegibilidade. Em relação à legitimidade ativa, restringe a possibilidade de arguição a “cidadão que estiver no gozo de seus direitos políticos”.⁶⁷ Vê-se aí uma aparente restrição no rol de legitimados a apresentar a notícia de inelegibilidade. A restrição é claramente improfícua. Apesar da “restrição de legitimidade” ditada pela Resolução, é nenhuma a consequência prática. Dito de outra forma, notícia de inelegibilidade apresentada por quem não é cidadão ou por quem não está no gozo de seus direitos políticos haverá de ser conhecida na exata medida que haveria de ser conhecida uma notícia apresentada por um cidadão no pleno gozo dos seus direitos políticos. E isso por uma razão singela: revelada a notícia, por quem quer que seja – representado ou não por advogado – e de qualquer forma possível, o juiz se apropria da informação e não está mais autorizado a desprezá-la.⁶⁸

Entender aplicável a restrição de legitimidade seria retirar do juiz eleitoral a prerrogativa de conhecer de ofício causa de inelegibilidade apenas porque apresentada por quem, em exemplo possível, está condenado criminalmente (com direitos políticos suspensos)! É nenhuma, enfim, a restrição de legitimidade para o conhecimento de notícia de inelegibilidade. A notícia, aliás, pode ser, inclusive, anônima. Se o juiz recebe um documento, protocolado no processo de pedido de registro, dando conta de uma inelegibilidade qualquer, não lhe é lícito desprezá-lo.

⁶⁷ Resolução 22.717 do TSE: Art. 45. Qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos poderá, no prazo de 5 dias contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro, dar notícia de inelegibilidade ao juiz eleitoral, mediante petição fundamentada, que será imediatamente encaminhada ao Ministério Público. Parágrafo único. No que couber, adotar-se-á na instrução da notícia de inelegibilidade o procedimento previsto na seção anterior para as impugnações.

⁶⁸ Sobre a desnecessidade de advogado, TSE, Respe 20404, 02/10/2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Pode ser também verbal a notícia. É que a questão não deixa de ser conhecida por qualquer vício de forma. Embora a Resolução exija “petição fundamentada”, o único requisito é que, de uma forma ou de outra, a “notícia” (daí o nome, quem sabe) atinja o juiz de uma forma tal que autorize a compreensão da questão de ordem pública ventilada. Apenas isso. Por tais razões, a “notícia” realmente pode ser mesmo verbal, até por aplicação do art. 35 do Código Eleitoral: “Compete aos juízes: V.- tomar conhecimento das reclamações que lhe forem feitas *verbalmente* ou por escrito, reduzindo-as a termo, e determinando as providências que cada caso exigir”

Tanto é assim que apenas por supor que alguém não é alfabetizado, sem nenhuma impugnação ou notícia, pode o Juiz determinar de ofício diligência para aferir as condições de elegibilidade.⁶⁹ O art. 5º, § 2º, da LC 64/90, autoriza o Juiz a proceder a todas as diligências de ofício. Agregue-se ainda a livre apreciação das provas autorizada pelo art. 7º da mesma lei, permitindo o conhecimento de fatos e circunstâncias dos autos, “ainda que não alegados pelas partes”.

Em raciocínio similar, admite-se até mesmo a apresentação de exceção de pré-executividade por quem não é parte e, além disso, não tem qualquer interesse no feito. É a explicação que se apanha de Olavo OLIVEIRA NETO: “mesmo que seja um terceiro desinteressado e o juiz não admita sua intervenção, o certo é que ao tomar conhecimento da não existência de condições de admissibilidade deve o juiz extinguir a execução por dever de

⁶⁹ Resolução 22. 217/2008/TSE, no art. 29, § 2º, diz que “A ausência do comprovante a que se refere o inciso IV poderá ser suprida por declaração de próprio punho, podendo a exigência de alfabetização do candidato ser aferida por outros meios, desde que individual e reservadamente.”

ofício”.⁷⁰ Com mais razão, ao juiz eleitoral não é lícito desprezar o conhecimento de questão de ordem pública apenas porque anunciada por quem não preenche as “condições de legitimidade” da notícia de inelegibilidade indicadas na Resolução do TSE. Se o conhecimento da inelegibilidade se impunha por dever de ofício, irrelevante se houve revelação espontânea ou provocada, em petição fundamentada ou informação verbal.

Ora, se em um processo jurisdicional, com objeto litigioso vinculado a direito subjetivo exclusivo da parte, admite-se que terceiro provoque, em exceção de pré-executividade, o conhecimento de questão de ordem pública, com muito mais razão no âmbito de um pedido de registro (administrativo ou de jurisdição voluntária), notadamente pautado pelo interesse público.

Por idêntico motivo, foi feliz o TSE em superar o entendimento segundo o qual “fulminada a impugnação ante o fato de haver sido formalizada por parte ilegítima, descabe o aproveitamento dos dados dela constantes para, de ofício, indeferir-se o registro”.⁷¹ Não há sentido em sonegar-se do conhecimento de ofício do juiz eleitoral uma inelegibilidade apenas porque foi apresentada em impugnação não conhecida. Correto, assim, o novo entendimento do TSE sobre o tema, citando, inclusive, entendimento de José Jairo GOMES: “Se no processo de registro é dado ao juiz conhecer *ex officio* da ausência de condições de elegibilidade e da presença de causa de inelegibilidade, não seria a extinção da AIRC por carência de ação

⁷⁰ A defesa de terceiros na execução forçada, in Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins, RT, 2004, p. 745.

⁷¹ TSE, Acórdão nº 23.578, rel. designado min. Marco Aurélio, de 21.10.2004.

que impediria de conhecer e julgar o pedido de registro de acordo com todos os elementos presentes nos autos”.⁷²

4.2 Notícia diretamente ao Juiz ou ao Ministério Público. Participação do Ministério Público como *custos legis*. Desistência da Notícia e encampação pelo MP

Há quem entenda que a notícia de inelegibilidade deva ser apresentada previamente ao Ministério Público. Caberia ao órgão ministerial – supõe Adriano SOARES DA COSTA –, se entendesse “bem fundada a representação”, propor a ação de impugnação.⁷³ A Lei de Inelegibilidades de 1965 dava apenas ao MP a titularidade da ação de impugnação no caso de notícia.⁷⁴

A regulamentação da notícia articulada na Resolução 22.717 não serve para dirimir a dúvida. O art. 45 fixa que cabe ao cidadão “dar notícia de inelegibilidade ao juiz eleitoral, mediante petição fundamentada, que será imediatamente encaminhada ao Ministério Público”. Daí não se infere com segurança se é encaminhada ao Ministério Público para a apresentação da própria impugnação ou para parecer como *custos legis*.

⁷² TSE, Resp. 30509, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 03.10.2008. No mesmo sentido, Suss, Samuel Ieger. Ação de Impugnação de Registro de Candidatura. In O abuso nas eleições – a conquista ilícita do mandato eletivo. Coord. Antenor Demeterco Neto. Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 145.

⁷³ Instituições..., p. 435. No mesmo sentido: “Qualquer cidadão que tenha conhecimento de fato impeditivo à elegibilidade de aspirante a cargo eletivo poderá valer-se da norma geral prevista no art. 356 do Código Eleitoral, levando ao conhecimento do Juiz Eleitoral as infrações ou irregularidades de que tem notícia. Nesse caso, ao receber a comunicação, o Juiz Eleitoral a encaminha ao Ministério Público, a quem competirá o oferecimento da impugnação, uma vez constatada a ocorrência da irregularidade noticiada” (José Bispo Sobrinho e Valéria A. Souza. Roteiro básico para as eleições, São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998, p.46). No mesmo sentido, Ribeiro, Renato Ventura. Lei Eleitoral Comentada, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 138.

⁷⁴ Lei nº 4.738, art. 7º, § 3º: “Verificada a procedência da arguição, à vista dos elementos da convicção oferecidos, o Ministério Público apresentará, no prazo de três dias, impugnação ao registro do candidato”.

Não obstante posições da doutrina em sentido oposto, parece correto concluir que a notícia pode sim ser apresentada diretamente ao Juiz Eleitoral. E isso por uma razão singela, que está no próprio sentido da notícia de inelegibilidade. Tratando-se de questão de ordem pública, pode ser conhecida pelo Juiz independentemente de impugnação pelo Ministério Público. A notícia, encaminhada diretamente ao Juiz, apenas ressalta a existência de inelegibilidade que o próprio juiz, de ofício, poderia ter flagrado. É por isso que óbice algum pode ser oposto à apresentação da notícia diretamente ao Juiz Eleitoral (ou ao TRE e ao TSE, a depender da competência para o deferimento, é claro). Esta é, aliás, a posição consolidada do TSE sobre o tema.⁷⁵

É preciso registrar ainda uma posição intermediária. Há quem entenda que a notícia só possa ser encaminhada ao Juiz quando de tal forma instruída que a inelegibilidade seja reconhecida *primo icto oculi*. Se houver necessidade de instrução, o correto seria apresentar a notícia ao Ministério Público para a subsequente apresentação da ação de impugnação de registro de candidatura.⁷⁶

Em tema de cognição, em verdade, não há óbice algum para a notícia de inelegibilidade. É dizer: tudo que pode ser veiculado em impugnação de registro, com as garantias da instrução típica de processo jurisdicional de cognição exauriente, pode também ser agitado em notícia de inelegibilidade (conferir item 4.4). Ainda assim, em razão das restrições que a jurisprudência impõe ao *agir* do autor da notícia, não é descabido afirmar que a prudência induz à

⁷⁵ Todos os julgados mencionados neste trabalho referendam a possibilidade de oferecimento da notícia diretamente ao juiz eleitoral, em razão exatamente da possibilidade de conhecimento de ofício no âmbito do pedido de registro.

⁷⁶ Soares, Marcos Antônio Striquer, A ação de impugnação de registro de candidatura e a notícia de inelegibilidade trazida pelo cidadão comum, Revista Paraná Eleitoral n° 41/2001.

apresentação da notícia ao Ministério Público quando a prova da inelegibilidade é algo intrincada.⁷⁷

O Ministério Público ou impugna a candidatura ou funciona como *custus legis*. É atribuição do Ministério Público pronunciar-se em todos os processos jurisdicionais eleitorais.⁷⁸ A disciplina na notícia de inelegibilidade constante da Resolução 22.717 indica expressamente a necessidade de intimação do Ministério Público para se pronunciar. E nem poderia ser de outra forma. O MP já se pronuncia no âmbito do pedido de registro independente da arguição de inelegibilidade em notícia. Até aqui a controvérsia é nenhuma.

Ponto a demandar especial análise está no limite de atuação do Ministério Público quando atua exclusivamente como *custus legis*. Para esboçar uma posição sobre o tema é preciso ter presente a importância da regra da preclusão para a impugnação de registro de candidatura. A Lei estabelece que ou se impugna no prazo de cinco dias ou não mais é possível (conferir item 4.3). Fixada a premissa da preclusão, não se pode cogitar de apresentação a destempo de impugnação, por parte do Ministério Público, a pretexto de manifestação como *custus legis*. Noutras palavras, o Ministério Público não pode, ao momento da apresentação de parecer como *custus legis*, apresentar inelegibilidade nova, dantes não cogitada, ampliando o objeto litigioso! Isso seria colocar de lado a regra da preclusão, prazo contínuo e peremptório que não pode ser ampliado em hipótese alguma.⁷⁹

⁷⁷ Como está para o TSE, o seu papel se exaure com o oferecimento da notícia, cabendo ao Juízo ou ao Ministério Público Eleitoral tomar as providências cabíveis (RESPE-29525, min. Felix Fischer, 09/09/2008). Sobre a atuação do autor da notícia, conferir item 4.4.

⁷⁸ Para uma visão ampla sobre o tema, Souza, Fátima Aparecida de. Ministério Público Eleitoral, in Revista do Advogado, vol.24, nº 79, p. 69-80, out., 2004.

⁷⁹ Por todos, Costa, Adriano Soares da. Instituições..., p. 412.

Atuando como *custus legis*, o parecer ministerial cinge-se a avaliar a documentação constante dos autos, fornecida, em regra, pelo candidato; ao revés, quando atua como órgão agente, impugnando o registro, o Ministério Público traz matéria nova para apreciação do juízo. Mas a “matéria nova” só poder apresentada no prazo próprio de cinco dias para a impugnação.

Mais absurdo ainda é considerar possível que o Ministério Público, atuando como *custus legis*, possa ampliar o objeto litigioso e, além disso, supor-se dispensável a intimação da parte para manifestação antes da decisão. Isso seria violação explícita do princípio do contraditório e da ampla defesa.⁸⁰

Por fim, é preciso indagar a consequência para o ato de desistência da ação de impugnação de registro de candidatura. Isso tem direta relação com a notícia de inelegibilidade. O Tribunal Superior Eleitoral não admite, na hipótese de desistência, que o Ministério Público possa encampar a ação de impugnação de registro.⁸¹ Mas a verdade é que o Ministério Público não precisa encampar. Se a jurisprudência acolhe a notícia de inelegibilidade – consagrada que está, aliás, em Resolução –, despicienda a encampação. A eventual desistência da impugnação não retira o poder-dever do magistrado em conhecer de ofício da inelegibilidade

⁸⁰ O TSE, em precedente isolado sobre o tema, reconhece que a desnecessidade de intimação da parte quando a atuação do MP não introduz causa nova de inelegibilidade. “A manifestação do Ministério Público como fiscal da lei acerca de documentos juntados pelo requerente no momento de seu pedido de registro não dá ensejo à abertura de prazo para defesa. (...) Agravo regimental improvido”. NE: “(...) o juiz eleitoral não recebeu a manifestação do Ministério Público como ação de impugnação. Apenas valorizou a sua observação fornecida como fiscal da lei” (TSE, Ac. nº 21.735, de 14.9.2004, rel. Min. Gilmar Mendes).

⁸¹ “A encampação do Ministério Público Eleitoral não é medida prevista pela legislação que normatiza a impugnação a pedido de registro de candidatura (art. 3º da Lei Complementar nº 64/90). Se fosse intuito do legislador oferecer ao órgão ministerial alguma prevalência em relação aos demais titulares da impugnação ao pedido de registro, tal circunstância se materializaria de modo expresso no texto legal, o que não ocorre” (TSE, Acórdão nº 1060, rel. min. José Delgado, de 20.09.2006).

que havia sido apresentada como causa de pedir da impugnação. A desistência, pois, apenas transmuda em notícia de inelegibilidade o que se apresentou originalmente como impugnação.⁸² A atuação do MP Eleitoral na desistência do recurso é analisada mais adiante (item 4.5).

4.3 Prazo preclusivo

A notícia de inelegibilidade, fixa o mesmo art. 45 da Resolução 22.717 – repetindo o art. 3º da LC 64/90 –, deverá ser apresentada “no prazo de 5 dias contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro”. Para reiterar, trata-se de prazo contínuo e peremptório, assim expressamente definido pela Lei das Inelegibilidades. Como prazo decadencial, não se cogita, em nenhuma hipótese, de ampliação.⁸³

A exemplo do Direito Eleitoral português, que consagra o princípio da aquisição progressiva de atos, fazendo estancar em cada fase do processo eleitoral a possibilidade de questionamentos, aqui no Brasil isso também está muito claro em nosso sistema de preclusões do processo eleitoral.⁸⁴

Tratando-se de inelegibilidade constitucional, a ausência de tempestiva impugnação (ou arguição por intermédio de notícia)

⁸² Registre-se que a desistência (regra geral de processo) é incondicionada apenas até a resposta (art. 267, § 4º, CPC). Respondida a impugnação, o candidato impugnado deve ser previamente intimado para dar anuência ao pedido de desistência. Tratando-se de inelegibilidade infraconstitucional, não há sentido para negar-se a oferecer anuência, pois a impugnação não poderá ser apresentada depois, em razão da impugnação. No entanto, em se tratando de impugnação que veicula inelegibilidade constitucional, o candidato impugnado poderá opor-se à desistência para exigir o julgamento do mérito, evitando que a matéria seja outra vez agitada em Recurso contra a Expedição de Diploma.

⁸³ Por todos, Costa, Adriano Soares da. Instituições..., p. 412.

⁸⁴ Pereira, Rodolfo Viana. Tutela Coletiva no Direito Eleitoral. Controle Social e Fiscalização das Eleições. Lumen Juris, 2008, p. 75.

provoca a preclusão do direito de fazê-lo antes da eleição.⁸⁵ O tema pode voltar apenas ao momento do Recurso contra Expedição de Diploma. Já em relação às inelegibilidades infraconstitucionais, a não apresentação de tempestiva impugnação imuniza a candidatura, impedindo qualquer questionamento em relação ao suposto inelegível.⁸⁶

É preciso insistir que mesmo se tratando de inelegibilidade constitucional, o prazo para a impugnação é preclusivo. Em verdade, explica Adriano Soares da COSTA, há “preclusão temporal da prática do ato”, mas não “preclusão temporal para a dedução da matéria”.⁸⁷ É dizer: autorizar que as inelegibilidades constitucionais possam ser deduzidas (não impugnado o registro) no recurso contra a expedição do diploma, não é permitir a dedução a qualquer tempo. As inelegibilidades constitucionais, enfim, ou são deduzidas no prazo da impugnação ou só se poderá deduzi-las outra vez no prazo do recurso contra expedição do diploma. Depois do prazo para impugnação do registro (art. 3º, LC 64/90) não há “preclusão temporal para a dedução” da inelegibilidade constitucional, mas há sim “preclusão temporal para a prática do ato”.

Não obstante, a notícia de inelegibilidade (a interpretação atual da notícia, entenda-se) – é uma inferência inevitável –, pôs fim

⁸⁵ Sobre “matéria constitucional” em direito eleitoral, conferir a exaustiva explicação de Adriano Soares da Costa, *Instituições...*, p. 50-65.

⁸⁶ Como observa José Jairo GOMES, “a distinção que se faz entre inelegibilidades constitucionais e legais não é cerebrina”. Isso porque, explica o autor, em relação às primeiras não há preclusão, como se dá em relação às infraconstitucionais (Direito Eleitoral – conforme resolução n. 22.610/2007 do TSE, Del Rey, 2008, p. 397). No TSE: “As inelegibilidades constitucionais podem ser argüidas tanto na impugnação de candidatura quanto no recurso contra expedição de diploma, mesmo se existentes no momento do registro, pois aí não há falar em preclusão. No entanto, as inelegibilidades constantes da legislação infraconstitucionais só poderão ser alegadas no recurso contra expedição de diploma se o fato que as tiver gerado, ou o seu conhecimento for superveniente ao registro” (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 3.328, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, de 29.10.2002).

⁸⁷ *Instituições...*, p. 666.

ao prazo preclusivo para a impugnação de registro de candidatura. Pelo menos a prevalecer recente e inédita decisão do TSE, reconhecendo que a notícia de inelegibilidade encaminhada ao Ministério Público depois do prazo de cinco dias pode ser conhecida. Isso porque, entendeu o TSE nesta mesma decisão, “juiz eleitoral não julgou o caso com base na impugnação intempestiva. Ele apenas declarou, de ofício, inelegibilidade que tomou conhecimento”.⁸⁸

A prevalecer este entendimento, portanto, não há mais prazo preclusivo! A impugnação intempestiva, por quem tem legitimidade ou não, é recebida como notícia e provoca o conhecimento de ofício de qualquer causa de inelegibilidade. Amplia-se, por construção jurisprudencial, o prazo de cinco dias para a impugnação do registro. O prazo agora é fixado pelo tempo próprio e incerto de tramitação do pedido e registro. Isso sem considerar a eventual possibilidade da inelegibilidade ser agitada apenas em segunda instância (conferir item 4.5).

Ainda como consequência deste entendimento, seria ilimitada possibilidade de “aditamentos” da ação de impugnação de registro tempestivamente apresentada. Depois de apresentada a impugnação, outras causas de inelegibilidade poderiam ser agregadas sob o manto da notícia, sem qualquer limite de prazo.

Tal entendimento não pode prevalecer.

A posição do TSE era outra, reconhecendo que também em relação à notícia de inelegibilidade se impunha o respeito ao

⁸⁸ Resp nº 33558, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 15/10/2008). Corroborando o entendimento do TSE, Suss, Samuel Ieger. Ação de Impugnação de Registro de Candidatura. In O abuso nas eleições – a conquista ilícita do mandato eletivo. Coord. Antenor Demeterco Neto. Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 145.

prazo preclusivo.⁸⁹ Bem analisada a consequência da nova orientação, a figura da ação de impugnação ao registro de candidatura está implicitamente proscribita do nosso sistema. Ninguém poderá optar por apresentar uma ação de impugnação, sujeita a requisitos fechados e a prazo preclusivo, se pode fazer isso, sem nenhuma restrição e a qualquer tempo, pela via da notícia de inelegibilidade. E mais: o candidato adversário terá a vantagem de esconder-se em uma notícia apresentada por um eleitor sem vinculação partidária (subvertendo a lógica da restrição de legitimidade em vigência desde a LC 05/70).

É de rigor o respeito ao prazo preclusivo que limita a impugnação, com mais razão nas hipóteses de veiculação de inelegibilidade pela via da notícia. Na decisão do pedido de registro o juiz eleitoral pode levar em conta todas as circunstâncias e fatos constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Mas só as circunstâncias e fatos que tenha “integrado” o processo – pela via da impugnação ou da notícia – no prazo preclusivo de cinco dias. Supor o contrário é deixar em aberto o prazo para a impugnação (pela via da notícia) até julgamento final do pedido de registro, contra disposição clara e inequívoca em sentido contrário da Lei Complementar das Inelegibilidades.

4.4 Limites do objeto litigioso, produção e ônus de prova

⁸⁹ De fato era outra a orientação do TSE, como se apanha de excelente acórdão relatado pelo Ministro Caputo Bastos, com a seguinte passagem: “Portanto, ainda que ao juiz seja dada a faculdade de indeferir pedido de registro de candidato inelegível - mesmo não tendo havido impugnação nos termos do art. 38 da referida Res.-TSE nº 21.608 - há de se observar, no tocante a notícia de inelegibilidade de que trata o artigo 39, o prazo de cinco dias, contados da publicação do edital relativo ao pedido de registro” (Resp nº 23367, 03/11/2004). No mesmo sentido: “Registro de candidatura. Perda de mandato (art. 1º, I, B, da LC nº 64/90). Impugnação não oferecida no prazo previsto no art. 3º da LC nº 64/90, a que se sujeita, também, o Ministério Público. Conhecimento de ofício da matéria. Inviabilidade, na espécie, por se tratar de inelegibilidade infraconstitucional. Precedentes. Recurso provido. Sujeita-se o Ministério Público ao prazo do art. 3º da LC n. 64/90, para o oferecimento de ação de impugnação de registro de candidatura. (Recurso especial nº 20.178, Acórdão nº 20.178, de 17.9.2002, rel. Ministro Barros Monteiro).

A primeira questão a assinalar é que no processo de registro de candidatura – com ou sem notícia ou impugnação – não se presta a constituir ou declarar inelegibilidade; “mas se aferem tão-somente as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade, a fim de que se possa considerar o candidato apto a concorrer na eleição”.⁹⁰ Isso autoriza uma sumarização formal do pedido de registro e demanda incidente (impugnação ao registro).⁹¹ É importante que seja assim, em razão da imprescindível celeridade e da exigência de imediata decisão nestes processos.

A sumarização, no entanto, é apenas formal.⁹² Restringe-se a produção de prova que não tenha direta relação com o objeto litigioso e concentra-se o procedimento de uma forma tal que autorize decisão imediata, mas se assegura a cognição exauriente.⁹³ Assim é o desenho do pedido de registro e da impugnação, ditados pela LC 64/90. Já a notícia de inelegibilidade segue o procedimento da impugnação.⁹⁴

Não obstante, há entendimento do TSE que supõe a notícia limitada por cognição sumária. Para esta interposição, a

⁹⁰ Acórdão nº 21.709, Recurso Especial Eleitoral nº 21.709, rel. Ministro Peçanha Martins, de 12.8.2004. Com bons argumentos de fundo, ADRIANO SOARES DA COSTA discorda, defendendo a apuração de abuso no âmbito da impugnação, mas é outro o entendimento que prevalece no TSE (Instituições, p. 430 e seguinte).

⁹¹ A sumarização formal nada mais é do que forma encurtada, simplificada e concentrada do procedimento, mas não apresenta incompletude da cognição. Já a sumarização material caracteriza-se pela incompletude material da causa cognitio. Na sumariedade formal há sempre cognição exauriente, o que não ocorre na sumariedade material. (Neste sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. Revista Forense, v. 342, Rio de Janeiro : Ed. Forense, p. 334).

⁹² Adriano Soares da Costa fala em plena cognitio com sumariedade prazal (Instituições, p. 448).

⁹³ “Observa-se, com efeito, em que se pese o rigor dos prazos estabelecidos pelo legislador eleitoral, que o procedimento da AIRC permite ampla dilação probatória e debate exauriente e exaustivo dos fatos que envolvem a causa” (Jorge, Flávio Cheim e Rodrigues, Marcelo Abelha. Aspectos processuais do direito eleitoral: a ação de impugnação de registro de candidato, a ação de investigação judicial eleitoral e a representação do art. 96 da Lei das Eleições. In Temas atuais de Direito Eleitoral. Coord. Costa, Daniel Castro Gomes da. Editora Pillares, São Paulo, 2009, p. 68).

⁹⁴ Resolução 22.717 do TSE: Art. 45. Parágrafo único. No que couber, adotar-se-á na instrução da notícia de inelegibilidade o procedimento previsto na seção anterior para as impugnações.

notícia de inelegibilidade (ao contrário da impugnação) só poderia ser arguida se pudesse ser demonstrada em cognição sumária, sem a necessidade de produção de prova.⁹⁵ Algo parecido com a limitação que se articula em relação à exceção de pré-executividade, inviável, para a maioria da doutrina, à veiculação de matérias que não prescindam de dilação probatória. Aqui a analogia com a exceção merece os cuidados já anotados. É que a dilação probatória na exceção pode ficar postecipada para a fase própria dos embargos (ou impugnação ao cumprimento de sentença), resolvido sempre em cognição exauriente. No caso de notícia de inelegibilidade não existe a “segunda chance dos embargos”.⁹⁶ Com a apresentação da notícia, indeferido ou deferido o registro, verifica-se a coisa julgada administrativa (sem o posterior controle jurisdicional – conferir nota 26).

Não há, pois, limite de cognição na notícia de inelegibilidade. Apresentada a notícia, a instrução deve estar a serviço da confirmação ou não da causa de inelegibilidade arguida. A sumarização (toca repetir) é apenas formal, de simplificação do procedimento.⁹⁷

⁹⁵ “O caráter restritivo da notícia, que poderá ser formulado, inclusive pelo eleitor que não possua capacidade postulatória nem se faça representar por advogado, conduz à necessária conclusão de que os fatos noticiados e que conduziram à inelegibilidade devam ser aqueles já reconhecidos pela Justiça ou que possam ser examinados em cognição sumária e *ex officio*, pelo magistrado que relata o pedido de registro” (Respe 20404, 02/10/2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

⁹⁶ Mesmo em exceção, bem anotou o STJ: “De duas, uma: ou não se adentra o mérito da exceção de pré-executividade em virtude das alegações formuladas demandarem dilação probatória e amplo contraditório; ou, caso se trate de questão passível de apreciação nesta via estreita, adota-se um procedimento consentâneo aos princípios da ampla defesa e do contraditório (...)” (STJ - REsp 904.953 - SE - Proc. 2006/0259909-2 - 2ª T. - Rel. Min. Castro Meira - DJ 25.09.2008). Há quem entenda que se o caso indicar a necessidade de dilação probatória, a notícia deve ser enviada ao Ministério Público para apresentação de impugnação (A ação de impugnação de registro de candidatura e a notícia de inelegibilidade trazida pelo cidadão comum, Soares, Marcos Antônio Striquer, Revista Paraná Eleitoral nº 41/2001).

⁹⁷ Reconhecendo-se a natureza administrativa do pedido de registro, também se deve ter em conta a vigência do princípio da verdade real, motivo a mais para não se cogitar de limitação cognitiva alguma. Sobre o princípio, Ferraz, Sérgio e Dallari, Adilson Abreu, Processo Administrativo, Malheiros, 2001, p. 86.

Se a notícia de inelegibilidade não se restringe pela necessidade de dilação probatória, de igual forma não se limita pelo rol de matérias argüíveis. Ao contrário do que está em um precedente do TSE,⁹⁸ as inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais podem ser objeto de notícia, como também as condições de elegibilidade. Todas são cognoscíveis de ofício e, por isso, passíveis de veiculação em notícia de inelegibilidade.⁹⁹

É verdade que a Resolução nº 22.717 fala em notícia de “inelegibilidade”, sem mencionar ausência de condição de elegibilidade. A redação elegida pelo TSE, no entanto, nenhuma influência tem à delimitação do objeto da notícia. O art. 2º da LC 64/90 fixa a competência da Justiça Eleitoral para as argüições de inelegibilidade. E “é óbvio que o vocábulo ‘inelegibilidade’, aqui, compreende as condições de elegibilidade”.¹⁰⁰

É, não há dúvida, a cognoscibilidade de ofício que autoriza a notícia.¹⁰¹ A Resolução – e nem se pode cogitar de forma diversa – apenas revela, regulamentando, o que a Lei já autorizava (o

⁹⁸ "Tendo em vista a premissa relativa à restritividade do procedimento de notícia de inelegibilidade, no âmbito dos registros de candidatura, impende reconhecer que o seu exame deve se prender às hipóteses fáticas comunicadas ao relator da matéria que configurem autêntica hipótese de inelegibilidade ou que possam conduzir ao reconhecimento ex officio da inelegibilidade. Ocorre, porém, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência do egrégio TSE são firmes no sentido de se distinguir as hipóteses de inelegibilidade das chamadas condições de elegibilidade. (...) Na hipótese retratada pelos Noticiantes não se cuidou de notícia de inelegibilidade de qualquer dos candidatos cujos registros se pretende sejam indeferidos em face dos inúmeros casos descritos pela Lei complementar nº 64/90. Em verdade, a pretensão dos Noticiantes resume-se à discussão de condição específica de elegibilidade, ou seja, aquela relativa à filiação partidária, além de irregularidades ocorridas em convenção partidária, com supostas violações às normas estatutárias do Partido. Não se trata, portanto, de autêntica notícia de inelegibilidade. (TSE, Respe 20404, 02/10/2002, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

⁹⁹ Como registrado antes, superada está a orientação que restringia o conhecimento de ofício apenas às hipóteses de inelegibilidades constitucionais (Resp 34857, de 26/11/2008).

¹⁰⁰ Gomes, José Jairo. Direito Eleitoral – conforme resolução n. 22.610/2007 do TSE, Del Rey, 2008, p. 128.

¹⁰¹ É como afirmam Marinoni e Mitidiero ao comentarem o art. 303, II, do CPC: “Se o juiz pode conhecer determinadas questões de ofício, isto é, sem requerimento da parte, é claro que o interessado na lembrança de uma dessas questões poderá alegá-la (...)” (Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo. RT, 2008, p. 316).

TSE não legisla...). E a Lei fixa que todas as possíveis causas de indeferimento de registro são cognoscíveis de ofício (art. 7º, parágrafo único, LC 64/90 e art. 46 da Resolução nº 22.717). Daí que, em idêntica medida, todas estas causas podem também ser veiculadas em notícia de inelegibilidade.

Questão menos singela diz com o ônus da prova. Em um primeiro momento é preciso definir a quem incumbe este ônus. Em análise rasa sobre o tema, o ônus da prova é sempre de quem apresenta a impugnação ao registro.

O fato constitutivo do direito do impugnante é a existência de inelegibilidade. É a partir daí que se fixa como ônus do próprio impugnante provar a inelegibilidade arguida. Isso porque em relação ao ônus da prova, a despeito de alguma controvérsia doutrinária, vige no Brasil – art. 333 do CPC –, como em quase todos os códigos modernos de processo, o “princípio distributivo fundado na natureza dos fatos afirmados”.¹⁰²

Por esta mesma lógica, só poderia ser do próprio noticiante o ônus da prova no caso de notícia de inelegibilidade. Qualquer consideração diversa pressuporia uma alteração no ônus de provar entre impugnante e noticiante, o que é impensável. Não se pode sequer cogitar a hipótese, pois se ao noticiante não se impõe o ônus da prova (mas apenas ao impugnante), também por isso ninguém apresentaria impugnação; apenas notícia. Por outro lado, o autor da notícia parte não é. E não se poderia impor o ônus da prova

¹⁰² Sobre o tema, Pacífico, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no Direito Processual Civil, RT, 2001, p. 102 e seguintes. Para uma visão mais atual da distribuição do ônus da prova, conferir Arenhart, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. Revista Jurídica, São Paulo, ano 54, nº 343, p. 25-59, maio 2006.

a quem não integra o processo. A questão merece uma análise mais apurada.

Confirmando a regra geral do ônus da prova, o TSE decide sempre no mesmo sentido: “considerando que a regra é a elegibilidade do cidadão, constitui ônus do impugnante a prova da inelegibilidade”.¹⁰³

Por outro lado, é certo que a incidência do art. 333, com a atribuição de ônus, não deslegitima a instrução de ofício, tal qual expressamente prevista no art. 130 do Código de Processo Civil,¹⁰⁴ embora a incidência do dispositivo não seja capaz de deslocar o ônus da prova, em especial porque o Juiz não está obrigado a desincumbir-se da carga que se impõe em atenção à regra primeira do art. 333 do CPC.¹⁰⁵

O problema é que a inelegibilidade é sempre questão de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício. E, por esta razão, autoriza a notícia de inelegibilidade. Aqui o dilema. Quando há direito indisponível, questão de ordem pública envolvida, cresce a relevância

¹⁰³ Entre outros, Recurso Ordinário nº 1.288, Relator para o acórdão Ministro Marcelo Ribeiro, 27.9.2006. Também: REsp 29978 – 28/10/2008.

¹⁰⁴ Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. No STJ: “Em que pese o art. 333, I do CPC determinar que compete ao autor o ônus da prova, quanto ao fato constitutivo do seu direito, o art. 130 do CPC possibilita também ao Juiz a iniciativa probatória, mesmo quando a parte tenha tido a oportunidade de requerer a produção da prova e, no entanto, quedou-se inerte. De acordo com a prestigiada doutrina processualística contemporânea, admite-se uma atuação protagonista do Julgador, que, ao invés de mero fiscal da aplicação das leis, passa a agir intensivamente para a maior efetividade do processo (...)” (REsp 964.649/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJ 10/09/2007 p. 308).

¹⁰⁵ Neste sentido, REsp 471.857/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2003, DJ 17/11/2003 p. 207. Além disso, majoritariamente a doutrina reconhece a incidência apenas subsidiária do art. 130 em relação ao 333 do CPC. Por exemplo: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim . Reflexões sobre o ônus da prova. Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 141-145, 1994.

do art. 130 em relação ao art. 333, ambos do CPC.¹⁰⁶ Além disso, não se olvide, em tema de inelegibilidade, a incidência do § 2º do art. 5º da LC 64/90, a autorizar “diligências de ofício”.

A questão só se resolve na análise da intrincada relação entre cognoscibilidade de ofício e distribuição do ônus da prova. Isso se complica um pouco mais no âmbito da notícia de inelegibilidade. É que a possibilidade de apresentar notícia (como foi dito antes) não transforma o cidadão em parte – em impugnante –, com todas as garantias que lhe são próprias.¹⁰⁷ Tanto é assim que nem mesmo direito a recurso tem o autor da notícia (conferir item 4.5). Eis o problema nos casos em que a inelegibilidade, não obstante de ordem pública, demanda dilação probatória e, mais do que isso, tem ônus atribuído ao “autor”, cidadão noticiante.

É claro que se a notícia já se apresenta acompanhada de todos os elementos necessários à formação da convicção judicial – e a regra é esta –, o problema não se põe.¹⁰⁸ A controvérsia surge quando a inelegibilidade noticiada demanda produção de prova. Se o

¹⁰⁶ Sobre a relação entre o art. 333 e o 130 em processos que envolvem questões de ordem pública, conferir Theodoro Junior, Humberto. Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3, do IBDFAM, outubro-dezembro/ 99, Síntese Editora, p. 05/23. No STJ: REsp 336.836/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2002, DJ 15/04/2002 p. 226.

¹⁰⁷ É o que afirma quem já escreveu sobre o tema: “Assim, a única atitude que pode tomar é noticiar fundamentadamente, à Justiça Eleitoral, a inelegibilidade de alguém que esteja solicitando o registro de candidatura. Ele não poderá praticar qualquer outro ato no procedimento (...). Ao cidadão comum, portanto, resta apenas apresentar notícia de inelegibilidade ao juiz eleitoral, mas elas deverão ser fundamentadas o bastante para que o juiz possa indeferir o pedido de registro, ou no máximo, tenha necessidade de confirmar um fato através de solicitação de documentos” (SOARES, Marcos Antônio Striquer. A ação de impugnação de registro de candidatura e a notícia de inelegibilidade trazida pelo cidadão comum, Revista Paraná Eleitoral nº 41/2001). No TSE: “O autor da notícia não se torna parte no feito (...). O seu papel se exaure com o oferecimento da notícia, cabendo ao Juízo ou ao Ministério Público Eleitoral tomar as providências cabíveis” (TSE, RESPE-29525, min. Felix Fischer, 09/09/2008).

¹⁰⁸ Como bem anotou Denis Donoso: “as regras sobre o ônus da prova só têm importância quando a prova não é produzida ou quando a prova é insuficiente, porque, uma vez realizada sua produção, seja lá quem for o seu autor, seja lá qual for o seu resultado, é desnecessário socorrer-se das regras acerca do *onus probandi*” (A prova no processo civil. Considerações sobre o ônus da prova, sua inversão e a aplicação do art. 333 do CPC diante da nova leitura do princípio dispositivo. Revista Dialética de Direito Processual 51/65).

noticiante não se desincumbe do ônus, o importante é saber se o juiz pode (ou mesmo “deve”), de ofício, determinar as provas necessárias à demonstração da inelegibilidade apenas noticiada. E também é preciso questionar se poderia o noticiante requerer a produção de prova. A resposta, com alguma perplexidade, só pode ser positiva para as duas questões.

Em primeiro lugar é importante registrar que o art. 130 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a determinar de ofício a produção de prova. E o dispositivo – foi registrado antes – tem especial incidência quando há questões de ordem pública envolvidas. Este poder instrutório do juiz é reforçado pela dicção do § 2º do art. 5º da LC 64/90. Também o art. 7º da mesma Lei desautoriza uma inércia instrutória do juiz em tema de inelegibilidade. Assim, a notícia de inelegibilidade que demande produção de prova deve ser instruída de ofício pelo juiz, com fundamento no art. 130 do CPC, combinado § 2º do art. 5º da LC 64/90.

A partir daí é possível concluir que se a notícia veicula – por exemplo – inelegibilidade decorrente de desaprovação de contas, sem a juntada dos elementos completos para a aferição da insanabilidade, ao juiz se impõe o poder-dever de diligenciar a instrução probatória para esta análise de insanabilidade. O TSE tem alguns julgados que sugerem entendimento diverso, mas também já decidiu, noutro sentido: “Na ausência de impugnação ao pedido de registro de candidatura e constatada causa de inelegibilidade, caberia ao juízo eleitoral requisitar as informações ao órgão de contas, no momento oportuno, para formar sua convicção. No caso, o ônus é próprio do ofício judicante (LC nº 64/90, art. 7º, parágrafo único)”.¹⁰⁹

¹⁰⁹ TSE, Acórdão nº 30.358, de 17.10.2008, rel. min. Marcelo Ribeiro.

Idêntica conclusão se impõe ao tomar as regras do processo administrativo, com a adoção do sistema inquisitivo consagrado na Lei 9.784/99.¹¹⁰

O ônus, pois, é do próprio ofício judicante, como bem decidiu o TSE, quem sabe em atenção à advertência de MARINONI: “O magistrado que determina produção de provas de ofício (logicamente quando necessário) somente assume a posição que dele é esperada”.¹¹¹ Por idêntica razão, pode sim o autor da notícia deduzir requerimento de produção de prova. Ora, se a prova pode ser produzida de ofício, pode também ser indicada à produção de ofício pelo autor da notícia de inelegibilidade.¹¹² O mesmo raciocínio que autoriza a notícia de inelegibilidade (provocar o conhecimento daquilo que já pode ser conhecido de ofício) autoriza o “pedido” de produção de prova pelo autor da notícia (provocar a produção de prova que pode ser determinada de ofício).

Além disso, não se pode desconsiderar a atuação do Ministério Público Eleitoral. Aqui isso é forçoso admitir que eventual ausência de reconhecimento do autor da notícia para provocar a produção da prova não obsta que o representante do MP “encampe” o “pedido” de produção de prova do noticiante (respeitado o § 2º do art. 5º da LC 64/90, como será visto em seguida).¹¹³

¹¹⁰ Moreira, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*, Malheiros, 234-235.

¹¹¹ Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 6ª ed., São Paulo, RT, 2007, vol. 2, p. 285. Com ampla análise do art. 130 do CPC, conferir Bedaque, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 3ª edição, RT, São Paulo, 2001, p. 159-161.

¹¹² Como já foi mencionado antes, é possível dar o autor da notícia um papel de auxiliar técnico-jurídico do juiz eleitoral no registro de candidatura. Sobre o tema, Almeida, Gregório Assagra de. *Partes e terceiros no processo civil*. Cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. *In* *Direito Civil e Processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. RT, São Paulo, 2007, p. 1040-1067.

¹¹³ O próprio TSE, ao reconhecer que o autor da notícia não é parte, indica o papel do “Ministério Público Eleitoral [para] tomar as providências cabíveis” (TSE, RESPE-29525, min. Felix Fischer, 09/09/2008).

É certo que isso não autoriza que o Juiz promova diligências aleatoriamente, sem nenhum vínculo com as alegações do autor da notícia ou com outros elementos dos autos, aferidos a partir dos documentos acostados com o pedido de registro. A possibilidade de conhecimento de ofício não transmuda o juiz em agente do Ministério Público, com os poderes de investigação estranhos à neutralidade ínsita à atividade judicante.¹¹⁴

Também é certo que não é sem limites a instrução de ofício no pedido de registro (com ou sem notícia de inelegibilidade incidente). Os lindes do poder instrutório de ofício são oferecidos pelo próprio § 2º do art. 5º da LC 64/90. O dispositivo delimita no prazo de cinco dias, depois de realizada a audiência de instrução, o poder de proceder a todas as diligências de ofício.¹¹⁵ Além deste prazo não se admite mais a produção de prova. E mais. Estas diligências só estão autorizadas no espaço delimitado da demanda, sob pena de ferir a regra a preclusão. O TSE, a propósito, entende inviável colacionar-se documento de ofício depois do prazo limite de cinco dias do § 2º do art. 5º da Lei de Inelegibilidades, reconhecendo a preclusão.¹¹⁶

Por tudo isso, o autor da notícia de inelegibilidade tem sim o direito de protestar pela produção de qualquer prova. Em igual medida pode indicar testemunhas. O Juiz pode determinar a intimação de ofício das testemunhas que reputar importante ao deslinde da causa. Se pode de ofício, pode provocado por autor de

¹¹⁴ Nas palavras de João Batista Lopes: “Com efeito, a regra sobredita, posto que importante, não converte o juiz em investigador de provas (...)”. In Iniciativas probatórias do Juiz e os arts. 130 e 333 do CPC (RT 716/43).

¹¹⁵ Isso para os casos em que a audiência de instrução faz-se necessária. Na hipótese de uma diligência ser a única prova a ser produzida, sem necessidade de audiência de instrução, o prazo de cinco dias conta a partir da apresentação da contestação, como autoriza concluir a leitura da íntegra do artigo 5º da LC 64/90.

¹¹⁶ TSE, Acórdão nº 30.358, de 17.10.2008, rel. min. Marcelo Ribeiro.

notícia de inelegibilidade. Mas este atuar do autor da notícia encontra os mesmos óbices da preclusão que se atribuem ao juiz.

É preciso mencionar que há julgados, quando em jogo questão de ordem pública, que admitem requerimento e produção de prova em desatenção ao prazo preclusivo.¹¹⁷ E as causas que determinam o indeferimento de registro são sempre de ordem pública, outra vez mais cabe registrar. Em tema de inelegibilidade, no entanto, existe uma distinção que desautoriza a importação acrítica dos precedentes. O prazo preclusivo não está apenas relacionado ao direito de praticar o ato referente à prova – art. 183 do CPC –, mas à própria apresentação do questionamento.

Não impugnado o pedido de registro no prazo contínuo e peremptório de cinco dias (art. 16 da LC 64/90), verifica-se a decadência e não se cogita, em nenhuma hipótese, de ampliação. Seria, portanto, ampliar por via oblíqua o prazo de impugnação se autorizada estivesse a apresentação de uma notícia de inelegibilidade sem os elementos necessário à aferição de acolhimento, com requerimento de produção fora dos limites do § 2º do art. 5º da LC 64/90. Em raciocínio que aqui pode ser invocado por analogia, o STJ entende que autorizar emenda à inicial de mandado de segurança que recaia fora do prazo de cento e vinte dias do art. 18 da Lei 1.533/51 é subverter o prazo decadencial.¹¹⁸

¹¹⁷ Por exemplo: “Prova que se presta a comprovação das condições da ação - Imperiosidade de sua produção - Requerido que deve arcar com as custas pelo retardamento e não penalizado com a preclusão - Agravo conhecido e provido. Se a prova requerida se presta a demonstração da ausência das condições da ação impõe-se sua produção, mesmo que ultrapassado o momento processual oportuno para tanto, afastando-se neste caso a aplicação da regra do art. 183, do CPC, na medida em que cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo, nos termos do art. 130, do mesmo codex, ainda mais, quando a prova, apesar de requerida a destempe, pode influenciar substancialmente a solução da lide, repercutindo em matéria que envolve os próprios fundamentos da relação processual - matéria que pode ser apreciada até mesmo de ofício” (TAPR - AI 01559499 - 10382 - 6ª C.Cív. - Relª Juíza Anny Mary Kuss - DJPR 25.08.2000).

¹¹⁸ Conferir, por exemplo, o recente julgado: STJ - EDcl-MS 13.825 - DF - Proc. 2008/0204086-0 - 1ª S. - Rel. Min. Benedito Gonçalves - DJ 05.03.2009.

Esta orientação tem especial pertinência em inelegibilidade infraconstitucional, pois a preclusão impede, em definitivo, o acolhimento do óbice ao registro. Mas também em relação às inelegibilidades constitucionais, pois a preclusão remete para a fase de recurso contra expedição de diploma a possibilidade de se cogitar o impedimento à candidatura. Com menor ou maior relevância, é sem dúvida que a preclusão é óbice à violação do marco temporal para produção de prova que oferece a Lei das Inelegibilidades (conferir item 4.3).

Há uma última questão sobre o tema que deve merecer análise. Se em primeira instância o juiz não se desincumbe da obrigação que se lhe outorga o art. 130 do CPC, deixando de determinar de ofício a produção de prova que poderia demonstrar a inelegibilidade (afasta a notícia por insuficiência de prova), se impõe a anulação da sentença? A questão é tormentosa, mas a orientação correta, ressalvados os aspectos atinentes à preclusão, é mesmo supor anulável a sentença neste caso.¹¹⁹

4.5. Aspectos recursais da inelegibilidade de ofício. As inelegibilidades conhecidas apenas em segunda instância

Como já foi mencionado, o TSE tem confirmado sempre que “o autor da notícia não se torna parte no feito, não sendo [por isso] legitimado para recorrer”.¹²⁰ Para a jurisprudência, portanto, o

¹¹⁹ Na justiça eleitoral não há precedente. Na justiça comum, conferir: TJ-MG. Apcível-2.0000.00.517.848-1/000, Inhapim, TJMG/14ª Ccível, Rel. Des.-Dárcio Lopardi Mendes/DJ-01.09.2005.

¹²⁰ “O eleitor, que pode noticiar fato capaz de fundamentar indeferimento do registro de candidatura, não tem legitimidade para recorrer da decisão que o defira” (AREspe 26798/CE, Rel. Min. Cezar Peluso, publicado na sessão de 17.10.2006). Em idêntico sentido: TSE, RESPE-29525, min. Felix Fischer, 09/09/2008.

autor da notícia exaure seu papel com a apresentação da causa de inelegibilidade.¹²¹ Legitimidade recursal, em atenção a esta mesma orientação, o autor da notícia de fato não tem.¹²²

A jurisprudência consolidada no TSE é de duvidosa juridicidade. Na lógica fundante da notícia está o reconhecimento que o cidadão é ator importante no processo eleitoral. Assim, ao dar notícia de inelegibilidade, a rejeição da tese conforma o nexo de interdependência entre a relação jurídica e o interesse do cidadão (art. 499, § 1º, CPC). E a legitimidade recursal no âmbito eleitoral se afere mesmo a partir da aplicação do art. 499 do CPC, pois ausente dispositivo conflitante no Código Eleitoral.

Não obstante, o TSE é firme em afastar a legitimidade do autor da notícia.¹²³ A regra, como está na súmula nº 11 do TSE, é negar legitimidade recursal para quem não impugnou o registro.¹²⁴ Tal orientação não se aplica, atualmente, ao Ministério Público, a quem se reconhece legitimidade recursal. Como está em precedente recente, “(...) mesmo sem impugnar o registro de candidatura, o

¹²¹ Em verdade o Noticiante pode ter uma atuação no âmbito do pedido de registro, inclusive pugnando pela produção de prova (conferir 4.4).

¹²² Nada obsta, é certo, que o Autor da notícia provoque o Ministério Público a interpor recurso.

¹²³ “Não se aplica aos processos relativos a pedido de registro de candidatura o art. 499 do Código de Processo Civil, em razão do regramento específico consubstanciado na Súmula nº 11/TSE” (TSE, Edcl no AgRg no Respe nº 24.454/MG, Rel. Min. Peçanha Martins, publicado em sessão de 21.10.2004). É preciso notar que o TSE considerou que a “súmula” seria um regramento específico a afastar aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Não parece correto supor que uma súmula possa afastar a aplicação de dispositivo do Código de Processo Civil. Sobre a força da súmula, conferir CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. Livraria Almedina. Coimbra, 1993. P. 996. O entendimento do acórdão fica ainda vulnerável em razão do TSE reconhecer legitimidade recursal ao Ministério Público, por força do § 2º do mesmo artigo 499 do CPC

¹²⁴ Súmula nº 11: “No processo de registro de candidatos, o partido que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional”. Registre que “a mencionada súmula não se aplica tão-somente a partido político, mas a todos os legitimados a propor impugnação ao registro de candidatura a que se refere o art. 3º da Lei Complementar nº 64/90” (RESpe nº 22.578/SP, Rel. Min. Caputo Bastos, publicado em sessão em 22.9.2004). Para uma visão crítica da Súmula, conferir Jorge, Flávio Cheim e Rodrigues, Marcelo Abelha. *Aspectos processuais do direito eleitoral: a ação de impugnação de registro de candidato, a ação de investigação judicial eleitoral e a representação do art. 96 da Lei das Eleições*. In *Temas atuais de Direito Eleitoral*. Coord. Costa, Daniel Castro Gomes da. Editora Pillares, São Paulo, 2009, p. 69.

Ministério Público, como fiscal da lei, possui legitimidade para recorrer da decisão”.¹²⁵

Em resumo, à exceção do Ministério Público só recorre (ou responde recurso) quem tiver impugnado. E quem apenas dá a notícia de inelegibilidade não se equipara ao impugnante, porque parte não é.

Há, porém, algumas questões interessantes em relação à fase recursal da notícia de inelegibilidade.

Um primeiro ponto que merece atenção é o que cuida da recorribilidade da decisão que não conhece da notícia. Não se trata da legitimidade do autor da notícia em razão da rejeição, no mérito, da inelegibilidade veiculada na petição. Aqui o TSE, bem ou mal, apreciou a notícia. A questão é outra. Trata-se de aferir a legitimidade do noticiante para resguardar o seu próprio direito (assegurado pelo art. 45 da Resolução 22.717 do TSE) de apresentar a notícia.

Por inúmeras razões, pode o juiz não conhecer da notícia.¹²⁶ E neste caso o noticiante tem legitimidade recursal para atacar a decisão que deixou de conhecer de arguição de inelegibilidade, apresentada por quem não tinha legitimidade ativa para a impugnação. É o que se apanha do *leading case* da notícia, sobretudo da bem articulada argumentação do Ministro Torquato

¹²⁵ TSE, REspe nº 27.967, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ de 16.3.2007. As decisões mais recentes confirmam uma viragem no entendimento anterior, mas antigo. No Acórdão nº 4.772, relator o eminente Ministro José Néri, e no acórdão nº 12.230, relator o eminente Ministro Torquato Jardim, a orientação era pela ilegitimidade do Ministério Público quando não havia impugnado o registro.

¹²⁶ Até pouco tempo a inelegibilidade de ofício só se cogitava em relação às hipóteses infraconstitucionais, por exemplo (TSE, Recurso especial nº 20.178, Acórdão nº 20.178, de 17.9.2002, rel. Ministro Barros Monteiro).

Jardim.¹²⁷ Rejeitada a notícia por ilegitimidade, o noticiante pode ir até a última instância para exigir sua apreciação. Apreciado o mérito, prevalece o entendimento de ilegitimidade.

Ainda em relação ao tema, é preciso mencionar que o autor da notícia, no mérito, não tem legitimidade recursal mesmo que a inelegibilidade rejeitada tenha natureza constitucional. Tem cabimento a observação porque a mencionada Súmula nº 11 do TSE fixa quem não tem legitimidade para recorrer quem não impugnou, “salvo se se cuidar de matéria constitucional”. Daí seria possível dizer que em matéria constitucional, o noticiante (que não impugnou porque não tem legitimidade) poderia apresentar recurso.

Não é assim, no entanto. A legitimidade recursal, em matéria constitucional, que se confere àquele que não impugnou, outorga-se apenas a quem tinha originalmente legitimidade para impugnar, mas não o fez. O autor da notícia simplesmente nunca tem legitimidade para impugnar; e assim não a terá, em nenhuma hipótese, para recorrer.¹²⁸

Disso tudo resulta, entre outras, uma consequência no mínimo curiosa. Ao se admitir que a impugnação intempestiva (apresentada por quem tinha legitimidade) poderá ser conhecida como notícia de inelegibilidade, ao mesmo haverá de se admitir que o

¹²⁷ Do Ministro Torquato: “(...) construir a tese no sentido de que, rejeitada a petição de notícia de inelegibilidade com efeito de impugnação, pelo Juiz Eleitoral, sem exame de mérito, e apenas com fundamento de ser o eleitor parte ilegítima, admitir que este mesmo eleitor, pelo exercício sucessivo do direito de petição, leve adiante a notícia, até a última instância constitucional, para o tão-só efeito de se obrigar o Juiz Eleitoral a examinar o mérito(...)” (TSE, Acórdão nº 12.375, de 21/09/92).

¹²⁸ “Consoante remansosa jurisprudência sumulada por este c. Tribunal, nos processos de registro de candidatos, os legitimados a propor impugnação que não o fizeram têm legalidade para recorrer da sentença que deferiu o registro quando se tratar de matéria constitucional” (TSE, Resp nº 32345, Rel. Min. Felix Fischer, 12/10/2008).

autor da impugnação apresentada a destempo possa recorrer da decisão deferitória do registro.¹²⁹

A própria orientação da Súmula nº 11 do TSE, é preciso registrar, já não faz muito sentido. Houve tempo em que apenas as inelegibilidades constitucionais podiam ser conhecidas de ofício. A notícia não era conhecida quando veiculava inelegibilidade infraconstitucional. Este entendimento está superado, já foi anotado antes.¹³⁰ Assim, se a cognoscibilidade de ofício não distingue as inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais, não se vê sentido para que a distinção seja tomada como critério para a delimitação de legitimidade recursal. Sob pena de se adotar orientação juridicamente contraditória, o critério deve ser único tanto para o conhecimento de ofício como para a legitimidade recursal.¹³¹

Ainda sobre o aspecto recursal da inelegibilidade de ofício, é preciso definir em que medida a segunda instância pode reconhecer de ofício inelegibilidade não apreciada em primeira instância.

Antes de tudo é preciso reconhecer como certa a aplicação do efeito devolutivo próprio do recurso de apelação (art. 515, § 1º e 2º, do CPC) ao recurso ordinário eleitoral.¹³² A extensão e a profundidade do recurso ordinário, portanto, seguem a lógica do

¹²⁹ A prevalecer o criticado entendimento do Resp nº 33558, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 15/10/2008. Conferir crítica no item 4.3.

¹³⁰ Sobre a superada orientação, conferir TRE-SP, acórdão 149958, 08.09.2004. Sobre a nova orientação, no Resp 34857, de 26/11/2008: “Ressalto que esta Corte, ao editar a Res.-TSE no 22.717/2008, no artigo 46, não fez distinção entre condição de elegibilidade e causa de inelegibilidade - constitucional ou infraconstitucional -, podendo, tanto a carência daquela quanto a presença desta ser conhecidas de ofício. Nesse sentido: AgR-REspe nº 33.558/PI, rel. Min. Joaquim Barbosa, publicado na sessão de 30.10.2008; AgRgREspe nº 21.902/SP, rel. Luiz Carlos Madeira, publicado na sessão de 31.8.2004”.

¹³¹ O Código Eleitoral, em dois momentos, ressalva as questões de índole constitucional dos efeitos da preclusão (arts. 223, caput 3 art. 259). Sobre o tema, conferir Costa, Adriano Soares da. Instituições..., p. 50-65).

¹³² Entre outros julgados, conferir TSE, Resp 25649, Rel Min. Caputo Bastos, 14/11/2006.

recurso de apelação.¹³³ Também não há dúvida que o efeito translativo dos recursos, de lado o debate específico em torno do tema, tem inegável aplicação aos recursos eleitorais.¹³⁴

O efeito translativo é a possibilidade de conhecimento de ofício de questão de ordem pública que não foram objeto do recurso.¹³⁵ As inelegibilidades, repete-se aqui, são todas questões de ordem pública. Da conjugação destes argumentos, há quem possa admitir que a inelegibilidade deva ser conhecida de ofício em segundo grau, mesmo antes nunca tenha sido cogitada.¹³⁶

Necessário reiterar aqui que a inelegibilidade não é uma questão de ordem pública de índole processual (art. 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC); e sim material.¹³⁷ As objeções processuais, por conta do efeito devolutivo ou translativo – a depender da corrente doutrinária – podem ser conhecidas de ofício em segundo grau. Já a inelegibilidade, embora de ordem pública, implica em redimensionamento do objeto litigioso.

¹³³ Na lição de Barbosa Moreira: “delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão ad quem, medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão ad quem para julgar” (Comentários ao Código de Processo Civil, 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2006, vol. 05, p. 431).

¹³⁴ “O efeito translativo do recurso ordinário, conforme previsto no art. 515, § 1º, do CPC, aplicado subsidiariamente aos processos que tramitam na Justiça Eleitoral, autoriza a correção, pelo TRE, de questão atinente a matéria de ordem pública (...)” (TSE, Resp nº 21.169, Rel. Min. Ellen Gracie). Didática explicação sobre o efeito devolutivo e translativo dos recursos está no acórdão do Resp 25546, Rel. Min. Cezar Peluso, 15/02/2007. “A notícia de inelegibilidade, por questão de ordem pública, pode ser conhecida pelo Juiz ou pelo Tribunal Regional, ao apreciar recuso em sede de registro de candidato” (Respe nº 23.070, rel Min. Peçanha Martins).

¹³⁵ Sobre o tema, Nery Junior, Nelson. Teoria Geral dos Recursos, 6ª edição, RT, São Paulo, 2004, p. 482 a 488. Para um contraponto, conferir Ferreira Filho, Manoel Caetano. Comentário ao Código de Processo Civil, RT, São Paulo, 2001, p. 109.

¹³⁶ Conferir TRE-PR, RE 5527, 11/12/2008, Rel. Juiz Auracyr Azevedo de Moura Cordeiro.

¹³⁷ “Em relação às matérias processuais não atingidas pela preclusão, é lícito ao apelante arguí-la diretamente ao órgão ad quem” (Rodrigo Barioni, Efeito devolutivo da apelação civil, RT, 2007, p. 143). Ainda: “(...) no âmbito do direito processual civil, por questões de ordem pública, deve-se entender toda a matéria atinente aos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional que, quando desatendida, tem o condão de viciar o processo” (Oliveira, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, RT, São Paulo, 2009, p. 252).

Como já foi anotado, as inelegibilidades são questões de ordem pública na exata medida que também o são aquelas dos arts. 166 e 167 do Código Civil, cognoscíveis de ofício como determina o parágrafo primeiro do art. 168 do mesmo Código. E não é com autorização neste dispositivo, com efeito, que o tribunal pode pronunciar a nulidade de negócio jurídico por ausência de forma prescrita em lei (art. 166, IV) sem que o tema tenha sido previamente agitado.¹³⁸ Isso violaria, no mínimo, o princípio do contraditório, o que foi objeto de análise em tópico específico deste artigo (item 3.2).¹³⁹

Mas em tema de inelegibilidade há outro fator a ser considerado quando se cogita de conhecimento de ofício de inelegibilidade em segundo grau: o prazo preclusivo (conferir item 4.3). Em inelegibilidade infraconstitucional a preclusão temporal para a prática do ato coincide com a preclusão para a dedução da matéria.¹⁴⁰ Também em relação às condições de elegibilidade.¹⁴¹ Ou se argui a inelegibilidade no prazo de cinco dias a partir da publicação do pedido de registro ou a candidatura se imuniza. Noutras palavras, na ausência de tempestiva impugnação ou conhecimento de ofício, o sistema admite a candidatura do inelegível. Em relação às inelegibilidades constitucionais, aparta-se a preclusão temporal para a prática do ato da preclusão para a dedução da matéria. Se não houver impugnação, a causa de inelegibilidade pode

¹³⁸ “Ou seja, não há como acolher a regra tal qual determinada pelo Código Civil, para as questões de ordem pública, para justificar a adoção de causas não apresentadas e debatidas na demanda, visando sua procedência ou improcedência. Esta atitude preconizada pela lei material somente se legitima com o prévio debate entre as partes destas causas, mesmo que a iniciativa desta introdução tenha se dado por intermédio do juiz. Estar-se-ia com isso, compatibilizando a regra contida no diploma civil com o princípio constitucional do contraditório” (Pinto, Junior Alexandre Moreira, Causa de *Petendi* e o Contraditório, , RT, 2007, p. 90).

¹³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inovações da lei 10,352/2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6. p. 271. Um exame seguro sobre o tema está em OLIANI, José Alexandre Manzano. O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76-85.

¹⁴⁰ COSTA, Adriano Soares da. Instituições..., p. 666.

¹⁴¹ O recurso contra expedição de diploma não é cabível nas hipóteses de condições de elegibilidade, mas somente nos casos de inelegibilidade (TSE, RCED 653, Rel. Min. Fernando Neves da Silva, 14/04/2004).

voltar no recurso contra a expedição do diploma. Mas no período entre o registro e a diplomação, também aqui a candidatura fica temporariamente imunizada.¹⁴²

Se a preclusão temporal impede a aguição intempestiva de causa de inelegibilidade na instância competente para o registro, é inevitável concluir que de igual forma tolhe a possibilidade de conhecimento de causa de inelegibilidade apresentada apenas em superior instância. Em idêntico sentido, não se pode admitir que em segundo grau se conheça de ofício de causa de inelegibilidade não agitada no prazo preclusivo. Os efeitos devolutivo ou translativo, portanto, não podem se apresentar como instrumentos de mitigação do prazo preclusivo.

Com efeito, transcorrido o prazo preclusivo, não há mais espaço para impugnação ou conhecimento de ofício (independentemente da natureza da inelegibilidade). Embora em segunda instância se possa conhecer de inelegibilidade, por se tratar de questão de ordem pública, a cognoscibilidade não alcança causa de pedir não arguida no prazo, como decidiu o próprio TSE.¹⁴³

É preciso notar que não é apenas a notícia que deve ser apresentada no prazo. A impugnação ao registro, como ação que é, deve ser veiculada com causa de pedir definida (art. 282, III e 295, § único, I, do CPC). Não há ação de impugnação sem a apresentação clara de fato com repercussão em esfera jurídica. Não há, enfim,

¹⁴² “Passada a fase de registro de candidatura, a inelegibilidade constitucional pode ser argüida no recurso contra a expedição de diploma, fase própria para análise da matéria” (TSE, AG 5591, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 11.03.2005).

¹⁴³ “Ainda que se considere as peculiaridades do processo de registro de candidatura, em que, dada a relevância do interesse público, em algumas hipóteses pode o julgador agir de ofício, ocorreu, no caso, violação ao art. 5º, § 2º, da LC nº 64/90, porquanto, além de inadmissível a juntada, de ofício, da decisão do órgão de contas, em sede de recurso inominado, surpreendendo a parte no julgamento, foi colacionada aos autos em oportunidade já preclusa” (Acórdão nº 30.358, de 17.10.2008, rel. min. Marcelo Ribeiro; grifos nossos).

“impugnação em branco”, como protesto para posterior fundamentação. O prazo preclusivo é para a apresentação da impugnação com todos seus requisitos. Disso se conclui que a impugnação não pode ser “agregada” com nova causa de pedir em segunda instância.

O efeito translativo, é lícito concluir, não resolve o espaço de atuação da segunda instância em tema de inelegibilidade. Se a questão de ordem pública não foi agitada pelo impugnante ou cogitada de ofício no prazo preclusivo, a segunda instância não poderá inovar. Por outro lado, se a inelegibilidade (com um ou mais fundamentos) foi suscitada em primeira instância, ainda que a sentença não a tenha apreciado, a competência da segunda instância se revela por aplicação pura e simples do efetivo devolutivo (art. 515, § 1º e 2º, CPC).

Não fosse pela questão do prazo preclusivo, também é preciso ter em conta que não se altera “a causa de pedir ou o pedido no juízo de apelação”. Como se explica em boa doutrina: “a *res in iudicium deducta* é determinada definitivamente em primeiro grau; o procedimento recursal é apenas continuação”.¹⁴⁴

Não é demais repetir que a inelegibilidade, embora questão de ordem pública, não tem natureza processual, o que autoriza concluir que seu conhecimento de ofício altera o objeto litigioso. Trata-se de uma questão material, que induz à ampliação da lide. E isso não é possível, pois “fica vedado introduzir, no juízo recursal, novas matérias de prova e pedidos não propostos perante o juízo *a quo*”.¹⁴⁵ Tudo isso está numa síntese há muitos anos

¹⁴⁴ RODRIGO BARIONI, Efeito devolutivo da apelação civil, RT, 2007, p. 139 e 143.

¹⁴⁵ RODRIGO BARIONI, Efeito devolutivo da apelação civil, RT, 2007, p. 140.

anunciada por SEABRA FAGUNDES: no âmbito recursal não é possível variar a causa de pedir.¹⁴⁶ A doutrina, com efeito, faz severas críticas à admissão, até mesmo em sede recursal, de “motivos não introduzidos em qualquer fase anterior da demanda”.¹⁴⁷

Mesmo que se admitisse esta inoportuna ampliação do objeto litigioso em segunda instância, mais grave ainda seria conhecer de ofício da inelegibilidade nunca antes cogitada sem garantir ao candidato o direito de defesa. O TSE, aliás, já reconheceu a ofensa ao contraditório nesse caso.¹⁴⁸

Ainda em relação ao reconhecimento de ofício da inelegibilidade em segunda instância, é preciso consignar que, deferido o registro, a desistência do recurso que questiona a decisão é incondicional (art. 501, CPC). E o Ministério Público não deverá ser previamente intimado porque não tem a faculdade de encampar o apelo.¹⁴⁹ Com a desistência do recurso, não pode o Tribunal, em nenhuma hipótese, invocar o direito-dever de conhecer de ofício da inelegibilidade. A desistência do recurso retira a competência do Tribunal Eleitoral para conhecer de ofício da inelegibilidade. Não há duplo grau obrigatório (art. 475, CPC) para decisões deferitórias de registro. Se não há recurso contra a decisão que defere o registro, a candidatura imuniza-se. Mesma conclusão quando há desistência do recurso interposto.

¹⁴⁶ Dos recursos ordinários em matéria civil, Forense, 1946, p. 283.

¹⁴⁷ Pinto, Junior Alexandre Moreira. Causa de Petendi e o Contraditório, Junior Alexandre Moreira Pinto, RT, 2007, p. 93.

¹⁴⁸ “Representa maltrato aos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, o acolhimento pelo Tribunal Regional Eleitoral, de causa de inelegibilidade, agitada apenas em sede de contra-razões de recurso eleitoral, diversa daquela argüida e debatida na instrução probatória, sem audiência da parte e sem propiciar-lhe por isto mesmo chance de defesa” (TSE, Resp 33066, Rel Min. Fernando Gonçalves, 03/12/2008).

¹⁴⁹ TSE, Rcl 598, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 19/12/2008.

Por isso não se pode aceitar a orientação de um recente precedente do TRE de São Paulo supondo possível que a inelegibilidade de ordem constitucional possa ser conhecida em segundo grau ainda que o recurso, por ausência de legitimidade recursal, não tenha sido conhecido.¹⁵⁰ Apesar de posições em sentido contrário, majoritariamente não se admite o efeito translativo em recurso que não tenha sido conhecido.¹⁵¹

05. CONCLUSÕES

Em apertada síntese, das considerações lançadas, é possível extrair algumas conclusões importantes, a saber.

A notícia de inelegibilidade é manifestação importante do exercício da cidadania, confirmando o acerto da construção jurisprudencial depois da restrição que se impôs no rol de legitimados à ação de impugnação de registro de candidatura.

A disputa em torno da natureza do pedido de registro (administrativa ou jurisdicional) é irrelevante à garantia do contraditório que se deve assegurar ao candidato ameaçado por uma inelegibilidade considerada de ofício (provocada ou não por notícia). De lado o tema central do artigo, é preciso resolver o dilema de um pedido de registro que é considerado administrativo, mas imune ao controle jurisdicional.

¹⁵⁰ Invocando o art. 46 da Res. TSE nº 22.717, concluiu o acórdão que “embora o recurso não deva ser conhecido a matéria deve ser analisada de ofício” (TRE-SP, RE nº 27.646, Juiz Relator Walter de Almeida Guilherme, 14/08/2008).

¹⁵¹ “Conhecido o recurso de apelação, por força do efeito translativo, o tribunal pode examinar de ofício questão de ordem pública. Em caso contrário, não conhecimento do recurso, como a atividade de cognição exaure-se na declaração de inadmissibilidade do recurso, tem-se que é defeso ao tribunal impingir efeito modificativo à decisão recorrida” (Oliveira, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, RT, São Paulo, 2009, p. 252).

Não há dispositivo específico que garanta a prévia manifestação do candidato nas inelegibilidades reconhecidas de ofício. Também não há regra particular para exigir a intimação da parte antes da pronúncia de questão de ordem pública, como nos demais países. Não obstante, a garantia do contraditório se impõe sempre, a exigir que não se cogite de reconhecimento de ofício de inelegibilidade sem que o candidato tenha o direito de apresentar defesa acerca do tema. Isso ganha importância maior nas questões de ordem pública que alteram o núcleo fático da controvérsia, como nos casos de inelegibilidade. Do ponto de vista do contraditório, enfim, o impugnado não pode ter garantia alguma que não se outorgue, em idêntica medida, ao “noticiado”.

A garantia do contraditório também impõe a prévia manifestação do candidato nos casos de alteração de ofício da qualificação jurídica do fato cogitado como causa de inelegibilidade.

Não há limitação válida à legitimidade para a apresentação da notícia, nem tampouco qualquer requisito de forma. A lógica fundante da notícia é a cognoscibilidade de ofício. Provocado, o juiz eleitoral não pode mais se furtar ao pronunciamento da questão de ordem pública que se impõe que decida de ofício.

A notícia se apresenta diretamente ao juiz eleitoral. Eventual desistência não tem nenhuma repercussão prática. Isso porque mesmo a se considerar inviável a encampação, a desistência não retira mais do juiz a possibilidade de conhecimento de ofício da inelegibilidade agitada. Ao atuar como *custos legis*, o Ministério Público não está autorizado a ampliar o objeto da impugnação ou da notícia, restringindo-se sua competência para o parecer sobre as inelegibilidades já agitadas.

A inelegibilidade de ofício não pode ser instrumento para se elidir o prazo preclusivo para a impugnação do registro. O limite temporal para a impugnação de registro aplica-se também à inelegibilidade de ofício provocada em notícia.

Não há limite de cognição para o conhecimento da notícia, podendo ser apreciada mesmo quando requer dilação probatória. Na inelegibilidade de ofício o ônus da prova é do próprio ofício judicante. Prevalência do art. 130 do CPC e art. 7º da LC 64/90. O Noticiante está apto a atuar ativamente como auxiliar do juízo no âmbito do pedido de registro.

O Noticiante, reconhece o TSE, não tem legitimidade para recorrer da decisão que rejeita, no mérito, a arguição de inelegibilidade. Está legitimado, no entanto, para recorrer da decisão que não conhece da notícia. O Ministério Público pode recorrer no mérito das decisões que rejeitam as notícias. Em atenção ao prazo preclusivo, não é possível o conhecimento de ofício de causa de inelegibilidade não arguida em primeira instância.